A/CN.4/SER.A/2015

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2015

Volumen I

Actas resumidas de las sesiones
del sexagésimo séptimo período de sesiones
4 de mayo-5 de junio y
6 de julio-7 de agosto de 2015

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/2015

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2015

Volumen I

Actas resumidas de las sesiones del sexagésimo séptimo período de sesiones 4 de mayo-5 de junio y 6 de julio-7 de agosto de 2015

Naciones Unidas
Nueva York y Ginebra, 2021

ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario*…, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario… 2015*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

El presente volumen contiene las actas resumidas del 67º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.3244-A/CN.4/SR.3290) con las correcciones comunicadas por los miembros de la Comisión y los cambios de estilo y modificaciones editoriales que se han estimado necesarios.

A/CN.4/SER.A/2015

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

e-ISBN 978-92-1-005401-0

ISSN 0497-9885
e-ISSN 2411-9857

ÍNDICE

Página

Composición de la Comisión ..... **viii**
Mesa ..... **viii**
Programa ..... **ix**
Abreviaturas y siglas ..... **x**
Nota referida a las citas ..... **xi**
Asuntos citados en el presente volumen ..... **xiii**
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen ..... **xvii**
Lista de documentos del 67º período de sesiones ..... **xxv**

ACTAS RESUMIDAS
DE LAS SESIONES 3244ª A 3290ª

Actas resumidas de las sesiones de la primera parte del 67º período de sesiones celebrada en Ginebra del 4 de mayo al 5 de junio de 2015

3244ª sesión

Lunes 4 de mayo de 2015, a las 15.00 horas

Apertura del período de sesiones 1
Declaración del Presidente provisional, en ausencia del Presidente saliente 1
Elección de la Mesa 2
Aprobación del programa 2
Organización de los trabajos del período de sesiones 2
Protección de la atmósfera 2
Segundo informe del Relator Especial 2

3245ª sesión

Martes 5 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Declaración del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico 5
Protección de la atmósfera (*continuación*) 10
Segundo informe del Relator Especial (*continuación*) 10
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 11

3246ª sesión

Miércoles 6 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Protección de la atmósfera (*continuación*) 11
Segundo informe del Relator Especial (*continuación*) 11

3247ª sesión

Jueves 7 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Protección de la atmósfera (*continuación*) 17
Segundo informe del Relator Especial (*continuación*) 17

3248ª sesión

Viernes 8 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Provisión de vacantes imprevistas en la Comisión 24
Protección de la atmósfera (*continuación*) 24
Segundo informe del Relator Especial (*continuación*) 24
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 31

3249ª sesión

Martes 12 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Protección de la atmósfera (*continuación*) 31
Segundo informe del Relator Especial (*conclusión*) 31
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 39

Página

3250ª sesión

Miércoles 13 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Cooperación con otros órganos 39
Declaración del Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana 39
Identificación del derecho internacional consuetudinario 44
Tercer informe del Relator Especial 44
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 46

3251ª sesión

Viernes 15 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) 46
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*) 46

3252ª sesión

Martes 19 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) 53
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*) 53

3253ª sesión

Miércoles 20 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) 63
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*) 63

3254ª sesión

Jueves 21 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*continuación*) 70
Tercer informe del Relator Especial (*conclusión*) 70
Crímenes de lesa humanidad 79
Primer informe del Relator Especial 79

3255ª sesión

Viernes 22 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) 82
Primer informe del Relator Especial (*continuación*) 82

3256ª sesión

Martes 26 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) 88
Primer informe del Relator Especial (*continuación*) 88

3257ª sesión

Miércoles 27 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación 103
Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) 103
Primer informe del Relator Especial (*continuación*) 103
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 111

3258ª sesión

Jueves 28 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) 111
Primer informe del Relator Especial (*conclusión*) 111

Página

3259ª sesión

Viernes 29 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados 121
Tercer informe del Relator Especial..... 121

3260ª sesión

Martes 2 de junio de 2015, a las 10.05 horas

Protección de la atmósfera (*conclusión*) 128
Informe del Comité de Redacción 128
Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*)..... 133
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*)..... 133

3261ª sesión

Miércoles 3 de junio de 2015, a las 10.00 horas

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*)..... 138
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*)..... 138
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 144

3262ª sesión

Jueves 4 de junio de 2015, a las 10.00 horas

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*)..... 144
Tercer informe del Relator Especial (*conclusión*)..... 144

3263ª sesión

Viernes 5 de junio de 2015, a las 10.00 horas

Crímenes de lesa humanidad (*conclusión*)..... 150
Informe del Comité de Redacción 150
Homenaje a George Korontzis, Secretario de la Comisión, con motivo de su jubilación 153
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 154

Actas resumidas de las sesiones de la segunda parte del 67º período de sesiones celebrada en Ginebra del 6 de julio al 7 de agosto de 2015

3264ª sesión

Lunes 6 de julio de 2015, a las 15.05 horas

La cláusula de la nación más favorecida..... 155
Informe final del Grupo de Estudio 155
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 157
Segundo informe de la Relatora Especial 157

3265ª sesión

Martes 7 de julio de 2015, a las 10.15 horas

Cooperación con otros órganos (*continuación*)..... 167
Declaración del representante del Comité Jurídico Interamericano 167
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*)..... 171
Segundo informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 171

3266ª sesión

Miércoles 8 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*conclusión*) 175
Informe del Comité de Redacción 175
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*)..... 177
Segundo informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 177

Página

3267ª sesión

Jueves 9 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 186
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*)..... 186
Segundo informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 186

3268ª sesión

Viernes 10 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Cooperación con otros órganos (*continuación*)..... 189
Declaración de representantes del Consejo de Europa 189
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*)..... 194
Segundo informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 194

3269ª sesión

Martes 14 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*)..... 201
Segundo informe de la Relatora Especial (*conclusión*) ... 201
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 206
Aplicación provisional de los tratados 207
Tercer informe del Relator Especial..... 207

3270ª sesión

Miércoles 15 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Aplicación provisional de los tratados (*continuación*)..... 211
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*) 211

3271ª sesión

Jueves 16 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 223
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado..... 223
Cuarto informe de la Relatora Especial 223

3272ª sesión

Martes 21 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Visita del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos..... 227
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 234
Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 234

3273ª sesión

Martes 21 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 239
Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 239

3274ª sesión

Miércoles 22 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Cooperación con otros órganos (*continuación*)..... 245
Declaración del Presidente de la Corte Internacional de Justicia..... 245
Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*continuación*)..... 250
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 250
Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 250

3275ª sesión

Miércoles 22 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 254
Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 254

Página

3276ª sesión

Jueves 23 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Cooperación con otros órganos (*conclusión*) 265
Declaración de representantes de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana 265
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 271
Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 271

3277ª sesión

Jueves 23 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 275
Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)... 275
Aplicación provisional de los tratados (*continuación*)..... 277
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*) 277
La cláusula de la nación más favorecida (*conclusión*)..... 281
Informe final del Grupo de Estudio (*conclusión*) 281

3278ª sesión

Viernes 24 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) 282
Cuarto informe de la Relatora Especial (*conclusión*) 282
Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 288
Aplicación provisional de los tratados (*continuación*)..... 288
Tercer informe del Relator Especial (*continuación*) 288

3279ª sesión

Martes 28 de julio de 2015, a las 10.20 horas

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*) 292
Aplicación provisional de los tratados (*continuación*)..... 292
Tercer informe del Relator Especial (*conclusión*)..... 292

3280ª sesión

Miércoles 29 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Identificación del derecho internacional consuetudinario (*conclusión*)..... 297
Informe del Comité de Redacción 297
Organización de los trabajos del período de sesiones (*conclusión*)..... 305

3281ª sesión

Jueves 30 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*conclusión*) 305
Informe del Comité de Redacción 305

3282ª sesión

Lunes 3 de agosto de 2015, a las 10.00 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones 312
Capítulo VII. Crímenes de lesa humanidad 312
A. Introducción 312
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 312
C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones..... 313
1. Texto de los proyectos de artículo 313
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones 313

3283ª sesión

Lunes 3 de agosto de 2015, a las 15.00 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 317
Capítulo VII. Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) 317
C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*) 318
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 318

3284ª sesión

Martes 4 de agosto de 2015, a las 10.05 horas

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*conclusión*)..... 323
Informe del Comité de Redacción 323
Aplicación provisional de los tratados (*conclusión*) 325
Informe provisional del Comité de Redacción 325
Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 327
Capítulo VII. Crímenes de lesa humanidad (*conclusión*)..... 327
C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión*)..... 327
2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión*)..... 327
Capítulo VIII. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados 328
A. Introducción 328
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 328
C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento 328
1. Texto de los proyectos de conclusión..... 328
2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones.... 328

3285ª sesión

Martes 4 de agosto de 2015, a las 15.05 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 333
Capítulo VIII. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*)..... 333
C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento (*continuación*)..... 333

Página

2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 333
Capítulo V. Protección de la atmósfera..... 337
A. Introducción..... 337
B. Examen del tema en el actual período de sesiones..... 337

3286ª sesión

Miércoles 5 de agosto de 2015, a las 10.00 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 338
Capítulo V. Protección de la atmósfera (*continuación*)..... 338
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*)..... 338
C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión..... 339
1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo..... 339
2. Texto de los proyectos de directriz, con los párrafos del preámbulo, y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones..... 339

3287ª sesión

Miércoles 5 de agosto de 2015, a las 15.00 horas

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*conclusión*)..... 344
Informe del Grupo de Planificación..... 344
Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 345
Capítulo V. Protección de la atmósfera (*continuación*)..... 345
C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión (*continuación*)... 345
2. Texto de los proyectos de directriz, con los párrafos del preámbulo, y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 345

3288ª sesión

Jueves 6 de agosto de 2015, a las 10.05 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 350
Capítulo VIII. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*conclusión*)..... 350
C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento (*conclusión*)..... 350
2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión*)..... 350

Página

Capítulo V. Protección de la atmósfera (*conclusión*)... 351
C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, con los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión (*conclusión*)..... 351
2. Texto de los proyectos de directriz, con los párrafos del preámbulo, y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión*)..... 351
Capítulo IV. La cláusula de la nación más favorecida..... 353
A. Introducción..... 353
B. Examen del tema en el actual período de sesiones..... 353
C. Reconocimiento al Grupo de Estudio y a su Presidente..... 353
Capítulo VI. Identificación del derecho internacional consuetudinario..... 354
A. Introducción..... 354
B. Examen del tema en el actual período de sesiones..... 354
1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe..... 354
2. Resumen del debate..... 355
3. Observaciones finales del Relator Especial..... 357

3289ª sesión

Jueves 6 de agosto de 2015, a las 15.05 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)..... 358
Capítulo VI. Identificación del derecho internacional consuetudinario (*conclusión*)..... 358
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*)..... 358
3. Observaciones finales del Relator Especial (*conclusión*)..... 358
Capítulo IX. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados..... 358
A. Introducción..... 358
B. Examen del tema en el actual período de sesiones..... 358
Capítulo X. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado..... 358
A. Introducción..... 359
B. Examen del tema en el actual período de sesiones..... 359
1. Presentación por la Relatora Especial de su cuarto informe..... 359
2. Resumen del debate..... 359
2. Resumen del debate (*continuación*)... 362
3. Conclusiones finales de la Relatora Especial..... 363
Capítulo I. Organización del período de sesiones.... 363
Capítulo II. Resumen de la labor de la Comisión en su 67º período de sesiones..... 363
Capítulo III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión..... 363

3290ª sesión

Viernes 7 de agosto de 2015, a las 10.05 horas

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*conclusión*)..... 364
Capítulo X. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*conclusión*)..... 365

Página

B. Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*) 365
2. Resumen del debate (*conclusión*) 365
Capítulo XI. Aplicación provisional de los tratados ... 365
A. Introducción 365
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 365
1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe 365
2. Resumen del debate 365
3. Observaciones finales del Relator Especial 368
Capítulo III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión (*conclusión*) 368
A. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados 368
B. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 368
C. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 368
D. Aplicación provisional de los tratados ... 368
E. *Ius cogens* 368
Capítulo XII. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión 368
A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación 368
2. Grupo de Trabajo sobre el Programa de Trabajo a largo Plazo 368
3. Examen de la resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional 368
4. Examen de los párrafos 10 a 13 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones 368
5. Honorarios 368
6. Documentación y publicaciones 368
7. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 369
8. Asistencia de la División de Codificación 369
9. Sitios web 369
10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas 369
B. Fecha y lugar del 68º período de sesiones de la Comisión 369
A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*conclusión*) 369
1. Inclusión de un nuevo tema en el programa de trabajo de la Comisión ... 369
C. Homenaje al Secretario de la Comisión ... 369
D. Cooperación con otros órganos 369
E. Representación en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General 369
F. Seminario de Derecho Internacional 369
Observaciones finales del Presidente 369
Clausura del período de sesiones 369

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

Nombre	*Nacionalidad*
Sr. Mohammed Bello Adoke	Nigeria
Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri	Qatar
Sr. Lucius Caflisch	Suiza
Sr. Enrique J. A. Candioti	Argentina
Sr. Pedro Comissário Afonso	Mozambique
Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider	Libia
Sra. Concepción Escobar Hernández	España
Sr. Mathias Forteau	Francia
Sr. Juan Manuel Gómez Robledo	México
Sr. Hussein A. Hassouna	Egipto
Sr. Mahmoud D. Hmoud	Jordania
Sr. Huikang Huang	China
Sra. Marie G. Jacobsson	Suecia
Sr. Maurice Kamto	Camerún
Sr. Kriangsak Kittichaisaree	Tailandia
Sr. Roman A. Kolodkin[*]	Federación de Rusia
Sr. Ahmed Laraba	Argelia
Sr. Donald M. McRae	Canadá
Sr. Shinya Murase	Japón
Sr. Sean D. Murphy	Estados Unidos de América
Sr. Bernd H. Niehaus	Costa Rica
Sr. Georg Nolte	Alemania
Sr. Ki Gab Park	República de Corea
Sr. Chris Maina Peter	República Unida de Tanzanía
Sr. Ernest Petrič	Eslovenia
Sr. Gilberto Vergne Saboia	Brasil
Sr. Narinder Singh	India
Sr. Pavel Šturma	República Checa
Sr. Dire D. Tladi	Sudáfrica
Sr. Eduardo Valencia-Ospina	Colombia
Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez	Ecuador
Sr. Amos S. Wako	Kenya
Sr. Nugroho Wisnumurti	Indonesia
Sir Michael Wood	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

MESA

Presidente: Sr. Narinder Singh

Primer Vicepresidente: Sr. Amos S. Wako

Segundo Vicepresidente: Sr. Pavel Šturma

Presidente del Comité de Redacción: Sr. Mathias Forteau

Relator: Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez

El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. George Korontzis, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General del 4 de mayo al 5 de junio de 2015. Tras la jubilación del Sr. George Korontzis y el nombramiento del Sr. Huw Llewellyn como Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, el Sr. Huw Llewellyn desempeñó las funciones de Secretario de la Comisión desde el 8 de junio de 2015.

[*] El 8 de mayo de 2015, la Comisión eligió al Sr. Roman A. Kolodkin para cubrir la vacante imprevista creada por la renuncia del Sr. Kirill Gevorgian (véase la 3248ª sesión *infra*).

PROGRAMA

En su 3244ª sesión, celebrada el 4 de mayo de 2015, la Comisión aprobó el programa de su 67º período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Provisión de vacantes imprevistas en la Comisión.
3. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
4. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.
5. La cláusula de la nación más favorecida.
6. Aplicación provisional de los tratados.
7. Identificación del derecho internacional consuetudinario.
8. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
9. Protección de la atmósfera.
10. Crímenes de lesa humanidad.
11. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
12. Fecha y lugar del 68º período de sesiones de la Comisión.
13. Cooperación con otros órganos.
14. Otros asuntos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AALCO	Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana
CAHDI	Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (Consejo de Europa)
CDIUA	Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana
CEDEAO	Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
EIIL	Estado Islámico en el Iraq y el Levante
IPCC	Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático
MINUSCA	Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Centroafricana
NMF	Nación más favorecida
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OPAQ	Organización para la Prohibición de las Armas Químicas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
TBI	Tratados bilaterales de inversión
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

*

* *

ECHR/CEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions*. Todas las sentencias y una amplia selección de decisiones del Tribunal, incluidas las que no están publicadas en la serie, se pueden consultar en la base de datos sobre la jurisprudencia del Tribunal (HUDOC), disponible en el sitio web del Tribunal (www.echr.coe.int).
I.C.J. Reports/ C.I.J. Recueil	Corte Internacional de Justicia, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders/Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances.* Todas las sentencias, opiniones consultivas y providencias de la Corte están disponibles en el sitio web de la Corte (www.icj-cij.org).
ICTY JR/TPIY RJ	Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports/Recueils judiciaires*
ITLOS Reports/ TIDM Recueil	Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders/ Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances.* La jurisprudencia del Tribunal puede consultarse en el sitio web del Tribunal (www.itlos.org), en francés e inglés.
Resúmenes	*Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.92.V.5)
	Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.97.V.7)
	Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997-2002 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.03.V.12)
	Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 2003-2007 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.6)
	Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 2008-2012 (ST/LEG/SER.F/1/Add.5) (disponibles en el sitio web de la Corte Internacional de Justicia: www.icj-cij.org)

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991; y por «Tribunal Penal Internacional para Rwanda» debe entenderse el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de Enero y el 31 de Diciembre de 1994.

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es la siguiente: **http://legal.un.org/ilc/**.

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

Asunto	*Tipo de decisión y fuente*
Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)	*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 168. Véase también *Resúmenes 2003-2007*, pág. 152.
Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua	*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 14. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.
Ahmadou Sadio Diallo	*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 582. Véase también *Resúmenes 2003-2007*, pág. 217.
Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas	*Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 177. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 260.
Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)	*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 43. Véase también *Resúmenes 2003-2007*, pág. 195.
Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)	*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412. Véase también *Resúmenes 2008-2012*, pág. 42.
	Fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 3.
«ARA Libertad»	*«ARA Libertad» (Argentina v. Ghana)*, medidas provisionales, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Pleadings, Minutes of Public Sittings and Documents 2012*, vol. 18.
Barcelona Traction	*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 104.
Caza de la ballena en el Antártico	*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226.
Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal	*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177. Véase también *Resúmenes 2008-2012*, pág. 15.
Ciertos gastos de las Naciones Unidas	*Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 83.
Comisión Europea c. Consejo de la Unión Europea	Asunto C-28/12, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de abril de 2015, *Recopilación electrónica (Recopilación general)* (Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:2015:282).
Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas	*Competence of the General Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 4. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 13.
Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado	*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136. Véase también *Resúmenes 2003-2007*, pág. 54.
Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad	*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 107.
Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos	*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009, pág. 213.* Véase también *Resúmenes 2008-2012*, pág. 98.
Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar	*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 422. Véase también *Resúmenes 2008-2012*, pág. 328.
Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine	*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 246. Véase también *Resúmenes 1948-1991, pág. 177.*
Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*	*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665.
Ensayos nucleares (Australia c. Francia)	*Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 133.
Ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)	*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 457. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 134.

Asunto	*Tipo de decisión y fuente*
Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor	Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, aprobado el 24 de abril de 2012.
Francisco Mallén (Estados Unidos Mexicanos) c. Estados Unidos de América	*Francisco Mallén (United Mexican States) v. United States of America*, 27 de abril de 1927, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV (núm. de venta: 1951.V.1), pág. 173.
Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria	*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 275. Véase también *Resúmenes 1997-2002*, pág. 35.
Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)	*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303. Véase también *Resúmenes 1997-2002*, pág. 239.
Fundición de Trail	*Trail Smelter*, 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (núm. de venta: 1949.V.2), pág. 1905.
Furundžija	*Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, sentencia de 10 de diciembre de 1998, [1998] 1 ICTY JR, pág. 466.
Gotovina y otros	*Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, causa núm. IT-06-90-T, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, sentencia de 15 de abril de 2011. Disponible en el sitio web del Tribunal: www.icty.org.
	Prosecutor v. Ante Gotovina and Mladen Markač, causa núm. IT-06-90-A, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, sentencia de 16 de noviembre de 2012. Disponible en el sitio web del Tribunal: www.icty.org.
Inmunidades jurisdiccionales del Estado	*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99. Véase también *Resúmenes 2008-2012*, pág. 300.
Japón c. William S. Girard	*Japan v. William S. Girard*, Tribunal de Distrito de Maebashi, 19 de noviembre de 1957, *The Japanese Annual of International Law*, núm. 2 (1958), pág. 128.
Jones y otros c. el Reino Unido	*Jones and Others v. the United Kingdom*, núms. 34356/06 y 40528/06, ECHR 2014.
Jorgic c. Alemania	*Jorgic v. Germany*, núm. 74613/01, ECHR 2007-III.
Kunarac, Kovač y Vuković	*Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, causa núm. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, sentencia de 12 de junio de 2002, *Judicial Supplement No. 34* (junio de 2002). Disponible también en el sitio web del Tribunal: www.icty.org.
Kupreškić y otros	*Prosecutor v. Kupreškić* et al., causa núm. IT-95-16-T, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, sentencia de 14 de enero de 2000, [2000] 2 ICTY JR, pág. 1398.
Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares	*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226. Véase también *Resúmenes 1992-1996*, pág. 111.
Legalidad del uso de la fuerza	*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 279.
	(Serbia and Montenegro v. Canada), ibíd., pág. 429.
	(Serbia and Montenegro v. France), ibíd., pág. 575.
	(Serbia and Montenegro v. Germany), ibíd., pág. 720.
	(Serbia and Montenegro v. Italy), ibíd., pág. 865.
	(Serbia and Montenegro v. Netherlands), ibíd., pág. 1011.
	(Serbia and Montenegro v. Portugal), ibíd., pág. 1160.
	(Serbia and Montenegro v. United Kingdom), ibíd., pág. 1307.
	Véase también *Resúmenes, 2003-2007*, págs. 68 y ss.
Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados	*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 66. Véase también *Resúmenes 1992-1996*, pág. 105.
Maffezini c. Reino de España	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, caso núm. ARB/97/7, decisión de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, núm. 1 (2001), pág. 1; el texto de la decisión también está disponible en línea en: http://icsid.worldbank.org.

Asunto	*Tipo de decisión y fuente*
Mahmut Kaya c. Turquía	*Mahmut Kaya v. Turkey*, núm. 22535/93, ECHR 2000-III.
Obligación de negociar un acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)	*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, objeción preliminar, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 592.
Omar Hassan Ahmad Al Bashir	*Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, núm. ICC-02/05-01/09, decisión sobre la cooperación de la República Democrática del Congo respecto del arresto y entrega de Omar Al Bashir, de 9 de abril de 2014, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II. Disponible en el sitio web de la Corte: www.icc-cpi.int.
Orden de detención de 11 de abril de 2000	*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3. Véase también *Resúmenes 1997-2002*, pág. 221.
Pesquerías	*Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951. *I.C.J. Reports 1951*, pág. 116. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 29.
Pinochet	*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, *International Law Reports*, vol. 119 (2002), pág. 135.
Plantas de celulosa en el río Uruguay	*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14.Véase también *Resúmenes 2008-2012*, pág. 113.
Planta MOX	*MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre de 2001, *ITLOS Reports 2001*, pág. 95.
Plataforma continental del Mar del Norte	*North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, pág. 3. Véase también *Resúmenes 1948-1991*, pág. 100.
Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros	*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7. Véase también *Resúmenes 1997-2002*, pág. 1.
Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a actividades en la Zona	*Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, opinión consultiva de 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10.
Ronald Grant Jones	*Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor, and others*, Reino Unido, Tribunal de Apelaciones, 28 de octubre de 2004, [2004] EWCA Civ 1394.
Saif Al-Islam Gaddafi	*The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, núm. ICC-01/11-01/11, decisión de 11 de octubre de 2013 sobre admisibilidad, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I. Disponible en el sitio web de la Corte: www.icc-cpi.int.
Samantar v. Yousuf	Tribunal Supremo de los Estados Unidos, núm. 08-1555, 560 U.S. 305 (2010).
Serap c. República Federal de Nigeria	*Serap v. Federal Republic of Nigeria*, decisión núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, de 14 de diciembre de 2012, Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental.
Situación en la República de Kenya	Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I. Disponible en el sitio web de la Corte: www.icc-cpi.int.
Solange I	Alemania, Tribunal Constitucional Federal, decisión de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271.
Solange II	Alemania, Tribunal Constitucional Federal, decisión de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339.
Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte, el 20 de diciembre de 1974, en el caso de los Ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)	*Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 288. Véase también *Resúmenes 1992-1996*, pág. 95.
Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesquerías	*Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, opinión consultiva de 2 de abril de 2015, *ITLOS Reports 2015*, pág. 4.
Tadić	*Prosecutor v. Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, sentencia de 15 de julio de 1999, [1999] ICTY JR, pág. 3. Disponible también en el sitio web del Tribunal: www.icty.org.
Timor oriental	*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 90. Véase también *Resúmenes 1992-1996*, pág. 90.
Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.	Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de noviembre de 2008, 555 U. S. 7 (2008).
Yukos c. la Federación de Rusia	*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, Corte Permanente de Arbitraje, núm. AA 227, laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009. Disponible en el sitio web de la Corte Permanente: https://pca-cpa.org/, *Cases*.

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	Fuente
Relaciones de amistad y cooperación entre los Estados	
Tratado del Atlántico Norte (Washington D.C., 4 de abril de 1949)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 34, núm. 541, pág. 243.
Arreglo pacífico de conflictos internacionales	
Pacto de la Unión Africana de No Agresión y Defensa Común (Abuja, 31 de enero de 2005)	Disponible en el sitio web de la Unión Africana: www.au.int/en/treaties.
Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas y consulares	
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, núm. 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, núm. 7310, pág. 95.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, núm. 8638, pág. 261.
Convenio Europeo sobre Funciones Consulares (París, 11 de diciembre de 1967)	Ibíd., vol. 2757, núm. 48642, pág. 33.
Convención Europea sobre la Abolición de la Legalización de Documentos Hecha por Agentes Diplomáticos u Oficiales Consulares (Londres, 7 de junio de 1968)	Ibíd., vol. 788, núm. 11209, pág. 169.
Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd., vol. 1495, núm. 25699, pág. 181.
Protocolo Adicional al Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972)	Ibíd.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki, 1 de agosto de 1975)	European Coordination Centre for Research and Documentation in Social Sciences, International Social Science Council, *L'Acte final d'Helsinki, texte et analyse*, Wilhelmsfeld, Gottfried Egert, 1990.
Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.
Derechos humanos	
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, núm. 2889, pág. 221. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo núm. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Reconociendo Ciertos Derechos y Libertades Además de los que ya Figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1496, pág. 263. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 247, 13 de octubre de 2009.
Protocolo núm. 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se Modifica el Mecanismo de Control Establecido por el Convenio (Estrasburgo, 13 de mayo de 2004)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2677, núm. 2889, pág. 3. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 130, 28 de mayo de 2010.
Protocolo núm. 15 de Enmienda al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 24 de junio de 2013)	Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 213.
Protocolo núm. 16 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 2 de octubre de 2013)	Ibíd., núm. 214.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407.

	Fuente
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 171.
Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias (Colombia), 9 de diciembre de 1985)	OEA, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (Nueva York, 19 de diciembre de 2011)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones*, *Suplemento núm. 49* (A/66/49), vol. I, resolución 66/138, anexo. Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2983, núm. 27531 [aún no publicado]; texto disponible en: https://treaties.un.org.
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Addis Abeba, 11 de julio de 1990)	OUA, documento CAB/LEG/24.9/49 (1990); *Human Rights: A Compilation of International Instruments, vol. II, Regional Instruments* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.97.XIV.1), secc. C, núm. 39.
Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará (Brasil), 9 de junio de 1994)	OEA, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/55.
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.
Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Charm el-Cheikh, 1 de julio de 2008)	Disponible en el sitio web de la Unión Africana: www.au.int/en/treaties.
Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (Malabo, 27 de junio de 2014)	Ibíd.
Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011)	Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 210. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137, 6 de junio de 2014.
Refugiados, nacionalidad y apatridia	
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, núm. 2545, pág. 137. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 252, 21 de octubre de 1978.
Convención para Reducir los Casos de Apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, núm. 14458, pág. 175.
Convenio Europeo sobre la Nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Ibíd., vol. 2135, núm. 37248, pág. 213.
Estupefacientes y sustancias sicotrópicas	
Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, núm. 7515, pág. 151.
Convención Única de Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de Modificación de la Convención Única de Estupefacientes de 1961 (Nueva York, 8 de agosto de 1975)	Ibíd., vol. 976, núm. 14152, pág.105.
Comercio internacional y desarrollo	
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 187.
Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, núm. 8359, pág. 159.
Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, núm. 31874.

	Fuente
Aviación civil	
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, núm. 102, pág. 295.
Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibíd., vol. 860, núm. 12325, pág. 105.
Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Luxemburgo, 16 de octubre de 2006, y Washington D.C., 19 de octubre de 2006)	*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 298, de 27 de octubre de 2006, pág. 29.
Asuntos educativos y culturales	
Convenio Cultural Europeo (París, 19 de diciembre de 1954)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 218, núm. 2955, pág. 139.
Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas (abierto a la firma en Macolin (Suiza) el 18 de septiembre de 2014)	Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 215.
Asuntos jurídicos	
Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, núm. 15410, pág. 167.
Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (Estrasburgo 25 de enero de 1974)	Ibíd., vol. 2245, núm. 39987, pág. 307.
Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África (Libreville, 3 de julio de 1977)	Ibíd., vol. 1490, núm. 25573, pág. 89.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2225, núm. 39574, pág. 209.
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2237, núm. 39574, pág. 319.
Convenio del Consejo de Europa contra el Tráfico de Órganos Humanos (abierto a la firma en Santiago de Compostela, el 25 de marzo de 2015)	Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 216.
Materias primas	
Convenio que Crea la Unión de Países Exportadores de Banano (Panamá, 17 de septiembre de 1974)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1292, núm. 21294, pág. 273
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1987 (Ginebra, 20 de marzo de 1987)	Ibíd., vol. 1521, núm. 26364, pág. 3.
Convenio Internacional del Caucho Natural, 1994 (Ginebra, 17 de febrero de 1995)	Ibíd., vol. 1964, núm. 33546, pág. 3.
Convenio Internacional del Cacao, 2010 (Ginebra, 25 de junio de 2010)	Ibíd., vol. 2871, núm. 50115, pág. 3.
Lucha contra el terrorismo internacional	
Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo (Argel, 14 de julio de 1999)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2219, núm. 39464, pág. 179.
Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Ibíd., vol. 2488, núm. 44655, pág. 129. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 250, 16 de octubre de 2009.
Derecho del mar	
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.
Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994)	Ibíd., vol. 1836, núm. 31364, pág. 3.

	Fuente
Arbitraje comercial	
Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio sobre la Transparencia) (Nueva York, 10 de diciembre de 2014)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 49* (A/69/49), vol. I, resolución 69/116, anexo.
Derecho de los tratados	
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986) (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Espacio ultraterrestre	
Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (Nueva York, 5 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1363, núm. 23002, pág. 3.
Derecho aplicable a los conflictos armados	
Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: Convención II (La Haya, 29 de julio de 1899); Convención IV (La Haya, 18 de octubre de 1907); y Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (anexo a las Convenciones II y IV de La Haya de 1899 y 1907)	*Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, J. B. Scott (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Acuerdo de Londres concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo y Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Londres, 8 de agosto de 1945); y Protocolo de Rectificación de Discrepancias en el Texto del Estatuto (Berlín, 6 de octubre de 1945)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, núm. 251, pág. 279. Véase el texto del Protocolo de Berlín en *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. 1 (1947), págs. 17 y 18.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949) (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núms. 970 a 973. En español véase CICR, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14ª ed., Ginebra, 2011.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973, pág. 287. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I); Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977); y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional (Protocolo III) (Ginebra, 8 de diciembre de 2005).	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núms. 17512 y 17513, págs. 3 y 609 (Protocolos I y II), y vol. 2404, núm. 43425, pág. 261 (Protocolo III). En español véase CICR, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14ª ed., Ginebra, 2011, págs. 237 y ss.
Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (con Reglamento de Aplicación y Protocolo) (La Haya, 14 de mayo de 1954)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 249, núm. 3511, pág. 215.
Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999)	Ibíd., vol. 2253, núm. 3511, pág. 172.
Desarme	
Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (Moscú, 5 de agosto de 1963)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, núm. 6964, pág. 43.
Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (Londres, Moscú y Washington D.C., 1 de julio de 1968)	Ibíd., vol. 729, núm. 10485, pág. 161.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción (Londres, Moscú y Washington D.C., 10 de abril de 1972)	Ibíd., vol. 1015, núm. 14860, pág. 163.

	Fuente
Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, con Protocolos (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., vol. 1342, núm. 22495, pág. 137.
Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción (abierta a la firma en París el 13 de enero de 1993)	Ibíd., vol. 1975, núm. 33757, pág. 3.
Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (Nueva York, 10 de septiembre de 1996)	A/50/1027, anexo.
Tratado sobre el Comercio de Armas (Nueva York, 2 de abril de 2013)	A/CONF.217/2013/L.3, anexo, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 49* (A/67/49), vol. III, resolución 67/234 B.
Medio ambiente	
Tratado Antártico (Washington D.C., 1 de diciembre de 1959)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 402, núm. 5778, pág. 71.
Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico (Madrid, 4 de octubre de 1991)	Ibíd., vol. 2941, núm. 5778, pág. 3.
Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1108, núm. 17119, pág. 151.
Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Ibíd., vol. 1302, núm. 21623, pág. 217. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 59, 10 de marzo de 1983.
Protocolo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, relativo a la Financiación a Largo Plazo del Programa Concertado de Seguimiento Continuo y Evaluación del Transporte a Gran Distancia de los Contaminantes Atmosféricos en Europa (EMEP) (Ginebra, 28 de septiembre de 1984)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1491, núm. 25638, pág. 167. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 42, 18 de febrero de 1988.
Protocolo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia sobre Reducción de las Emisiones de Azufre o de sus Flujos Transfronterizos en un 30% como Mínimo (Helsinki, 8 de julio de 1985)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1480, núm. 25247, pág. 215.
Protocolo al Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, relativo a la Lucha contra las Emisiones de Óxido de Nitrógeno o sus Flujos Transfronterizos (Sofía, 31 de octubre de 1988)	Ibíd., vol. 1593, núm. 27874, pág. 287. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 62, 13 de marzo de 1991.
Protocolo del Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979 relativo a la Lucha contra las Emisiones de Compuestos Orgánicos Volátiles o sus Flujos Transfronterizos (Ginebra, 18 de noviembre de 1991)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2001, núm. 34322, pág. 187. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 225, 19 de septiembre de 1997.
Protocolo al Convenio de 1979 sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, relativo a Reducciones Adicionales de las Emisiones de Azufre (Oslo, 14 de junio de 1994)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2030, núm. 21623, pág. 122. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 150, 24 de junio de 1998.
Protocolo del Convenio de 1979 sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia Provocada por Contaminantes Orgánicos Persistentes (Aarhus, 24 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2230, núm. 21623, pág. 79. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 80, 4 de abril de 2011. El texto de las enmiendas de 13 de diciembre de 2012 puede consultarse en el sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas: https://treaties.un.org (*Depositary, Status of Treaties*, cap. XXVII).

	Fuente
Protocolo al Convenio de 1979 sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia en materia de Metales Pesados (Aarhus, 24 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 21623, pág. 3. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 268, 7 de noviembre de 2011. El texto de las enmiendas de 18 de diciembre de 2009 puede consultarse en el sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas: https://treaties.un.org (*Depositary, Status of Treaties*, cap. XXVII).
Protocolo al Convenio de 1979 sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera (Gotemburgo, 30 de noviembre de 1999)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2319, núm. 21623, pág. 80. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 87, 12 de abril de 2005. El texto de las enmiendas de 4 de mayo de 2012 puede consultarse en el sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas: https://treaties.un.org (*Depositary, Status of Treaties*, cap. XXVII).
Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártida (Canberra, 20 de mayo de 1980)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1329, núm. 22301, pág. 47.
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, núm. 26164, pág. 293.
Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal) (Montreal, 16 de septiembre de 1987)	Ibíd., vol. 1522, núm. 26369, pág. 3. El texto del Protocolo en su forma ajustada y enmendada puede consultarse en PNUMA, *Manual del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono*, 8ª ed., 2009.
Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	*Revue générale de droit international public*, vol. 93 (1989/1), pág. 182. Véase también *International Legal Materials*, vol. 27 (1988), pág. 859.
Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Naciones Unidas, *Treaty* Series, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309. En español véase *Repertorio Cronológico de Legislación 1997*, Pamplona, Aranzadi, marginal 1562. El texto de la enmienda de 27 de febrero de 2001 puede consultarse en el sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas: https://treaties.un.org (*Depositary, Status of Treaties*, cap. XXVII).
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Naciones Unidas, *Treaty* Series, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.
Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997); Enmienda al Anexo B (Nairobi, 17 de noviembre de 2006); y Enmienda de Doha (Doha, 8 de diciembre de 2012)	Ibíd., vol. 2303, núm. 30822, pág. 162. Enmienda de 2006 al Anexo B: FCCC/KP/CMP/2006/10/Add.1, decisión 10/CMP.2; Enmienda de Doha de 2012: FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.
Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Nagoya, 29 de octubre de 2010)	PNUMA, documento UNEP/CBD/COP/10/27, anexo, decisión X/1, anexo I.
Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (París, 14 de octubre de 1994)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3.
Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 49* (A/51/49), vol. III, resolución 51/229, anexo.
Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus (Dinamarca), 25 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447.

	Fuente
Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001)	Ibíd., vol. 2256, núm. 40214, pág. 119.
Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (Maputo, 11 de julio de 2003)	*International Environmental Law – Multilateral Treaties*, vol. IX, W. E. Burhenne (ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2003.
Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto (Japón), 10 de octubre de 2013)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. [aún no publicado], núm. 54669; texto disponible en: https://treaties.un.org.
Derecho internacional general	
Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Nueva York, 22 de julio de 1946)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 14, núm. 221, pág. 185.
Carta de la Organización de los Estados Americanos (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Ibíd., vol. 119, núm. 1609, pág. 3.
Estatuto del Consejo de Europa (Londres, 5 de mayo de 1949)	Ibíd., vol. 87, núm. 1168, pág. 103.
Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 298, núm. 4300, pág. 3. Véanse también el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, ibíd., vol. 294, pág. 3, y su versión consolidada, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 340, 10 de noviembre de 1997, pág. 173, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en su versión consolidada), *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 83, de 30 de marzo de 2010, pág. 47.
Convenio Europeo sobre la Repatriación de Menores (La Haya, 28 de mayo de 1970)	Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 71.
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1037, núm. 15511, pág. 151.
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 7 de febrero de 1992)	Ibíd., vol. 1755, núm. 30615, pág. 3.
Tratado de Lisboa por el que se Modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Lisboa, 13 de diciembre de 2007)	*Diario Oficial de la Unión Europea*, C 306, de 17 de diciembre de 2007.
Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, núm. 36116, pág. 95.
Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 11 de julio de 2000)	Ibíd., vol. 2158, núm. 37733, pág. 3.
Carta Democrática Interamericana (Lima, 11 de septiembre de 2001)	OEA, Documentos oficiales, OEA/Ser.G/CP-1. Véase también *International Legal Materials*, vol. 40, núm. 5 (septiembre de 2001), pág. 1289.
Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza (Addis Abeba, 30 de enero de 2007)	Disponible en el sitio web de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: www.achpr.org/fr_resources.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 67º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/676	Aplicación provisional de los tratados. Memorando de la Secretaría	Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/677	Programa provisional del 67º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en la página ix *supra*.
A/CN.4/678	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones	Mimeografiado.
[A/CN.4/679 y Add.1]	Programa de trabajo a largo plazo: Revisión de la lista de temas establecida en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores y Posibles temas de examen teniendo en cuenta la revisión de la lista de temas establecida en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores. Documento de trabajo preparado por la Secretaría.	[Aparecerá reproducido en *Anuario… 2016*, vol. II (primera parte).]
A/CN.4/680 [y Corr.1]	Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, del Sr. Sean D. Murphy, Relator Especial	Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/681	Segundo informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/682	Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/683	Tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/684 y Add.1	Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría.	A/CN.4/684 reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte); A/CN.4/684/Add.1 mimeografiado.
A/CN.4/685	Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial	Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/686	Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/687	Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.851	Protección de la atmósfera. Texto y títulos de los proyectos de conclusión 1, 2 y 5 y los párrafos del preámbulo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 13, 18, 19 y 20 de mayo de 2015	Mimeografiado.
A/CN.4/L.852	Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida. Informe final	Ídem.
A/CN.4/L.853	Crímenes de lesa humanidad. Texto de los proyectos de artículo 1, 2, 3 y 4 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 28 y 29 de mayo y 1 y 2 de junio de 2015	Ídem.
A/CN.4/L.854	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Texto y título del proyecto de conclusión aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción el 4 de junio de 2015	Ídem.
A/CN.4/L.855	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10). El texto definitivo figura en *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.856	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 67º período de sesiones)	Ídem.

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.857	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.858 y Add.1	Ídem: capítulo [V] (Protección de la atmósfera)	Ídem.
A/CN.4/L.859	Ídem: capítulo [VI] (Identificación del derecho internacional consuetudinario)	Ídem.
A/CN.4/L.860 y Add.1	Ídem: capítulo [VII] (Crímenes de lesa humanidad)	Ídem.
A/CN.4/L.861 y Add.1	Ídem: capítulo [VIII] (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.862	Ídem: capítulo [IX] (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados)	Ídem.
A/CN.4/L.863 y Add.1	Ídem: capítulo [X] (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.864	Ídem: capítulo [XI] (Aplicación provisional de los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.865	La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones.	Mimeografiado.
A/CN.4/L.866	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones: capítulo IV (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/70/10). El texto definitivo figura en *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.867 y Add.1	Ídem: capítulo [XII] (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.868	Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.869	Identificación del derecho internacional consuetudinario. Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción.	Ídem.
A/CN.4/L.870	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Texto de los proyectos de principio aprobados provisionalmente en 2015 por el Comité de Redacción.	Ídem.
A/CN.4/SR.3244 - A/CN.4/SR.3290	Actas resumidas provisionales de las sesiones 3244ª a 3290ª	Ídem. El texto definitivo figura en el presente volumen.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA PRIMERA PARTE DEL 67º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 4 de mayo al 5 de junio de 2015

3244ª SESIÓN

Lunes 4 de mayo de 2015, a las 15.00 horas

Presidente provisional: Sr. Shinya MURASE

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE PROVISIONAL declara abierto el 67º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Declaración del Presidente provisional, en ausencia del Presidente saliente

2. El PRESIDENTE PROVISIONAL señala que el Presidente del 66º período de sesiones de la Comisión, el Sr. Gevorgian, presentó su renuncia como miembro de la Comisión tras haber sido elegido para ocupar un cargo en la Corte Internacional de Justicia en noviembre de 2014. En nombre de todos los miembros de la Comisión, el orador le desea el mayor éxito en el ejercicio de sus nuevas funciones. Reseñando brevemente los debates dedicados por la Sexta Comisión al informe sobre la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional en su 66º período de sesiones, cuyo resumen temático se publicó con la signatura A/CN.4/678, el orador indica que la Asamblea General ha aprobado dos resoluciones sobre esa labor. En su resolución 69/119, de 10 de diciembre de 2014, la Asamblea acogió con beneplácito que la Comisión hubiera concluido su labor sobre la expulsión de extranjeros y hubiera aprobado el proyecto de artículos y un comentario detallado sobre el tema[1], y expresó su reconocimiento por su contribución a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. También tomó nota de la recomendación de la Comisión sobre el proyecto de artículos[2] y decidió que ese examen continuase en el septuagésimo segundo período de sesiones. En su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, la Asamblea General expresó su reconocimiento a la Comisión por la labor realizada en su 66º período de sesiones, e hizo notar, en particular, la conclusión de la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros[3], la primera lectura del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre[4] y de los trabajos sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)» al aprobarse el último informe sobre el tema[5], y alentó a que se le diera la mayor difusión posible. Recomendó que la Comisión prosiguiera su labor sobre los temas incluidos en su programa actual, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos presentados por escrito u oralmente en los debates de la Sexta Comisión, y tomó nota de la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir los temas «Crímenes de lesa humanidad»[6] y «*Ius cogens*»[7] en su programa de trabajo y en su programa de trabajo a largo plazo, respectivamente. En el párrafo 5 de esa misma resolución, señaló a la atención de los gobiernos la importancia de que comunicasen a la Comisión, a más tardar el 31 de enero 2015, sus observaciones sobre los diversos aspectos de los temas de su programa, en especial sobre todas las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III de su informe. Por último, en el párrafo 6, señaló también a la atención de los gobiernos la importancia de que comunicasen a la Comisión, a más tardar el 1 de enero 2016, sus comentarios y observaciones en relación con el proyecto de artículos sobre el tema «Protección de las personas en caso de desastre»[8].

---

[1] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

[2] Ibíd., pág. 23, párr. 42.

[3] Ibíd., págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

[4] Ibíd., págs. 66 y ss., párrs. 55 y 56.

[5] Ibíd., págs. 100 y ss., párr. 65.

[6] Ibíd., pág. 178, párr. 266.

[7] Ibíd., pág. 20, párr. 23.

[8] Ibíd., págs. 66 y ss., párr. 55.

Elección de la Mesa

Por aclamación, el Sr. Singh queda elegido Presidente.

El Sr. Singh ocupa la Presidencia.

3. El PRESIDENTE da las gracias a los miembros de la Comisión por su confianza y felicita al Sr. Gevorgian, Presidente del 66º período de sesiones, así como a los demás miembros de la Mesa de ese período de sesiones, por el excelente trabajo realizado.

Por aclamación, el Sr. Wako queda elegido Vicepresidente Primero.

Por aclamación, el Sr. Šturma queda elegido Vicepresidente Segundo.

Por aclamación, el Sr. Forteau queda elegido presidente del Comité de Redacción.

Por aclamación, el Sr. Vázquez-Bermúdez queda elegido Relator.

Aprobación del programa (A/CN.4/677)

4. El PRESIDENTE señala que, habida cuenta de que el programa provisional se distribuyó antes de que la secretaría fuera informada de la renuncia del Sr. Gevorgian, se deberá añadir un nuevo tema, titulado «Provisión de vacantes imprevistas en la Comisión».

Queda aprobado el programa en su forma enmendada.

Se suspende la sesión a las 15.35 horas y se reanuda a las 16.15 horas.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 1 del programa]

5. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros el programa de trabajo para las dos próximas semanas y dice que, a falta de objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar ese programa.

Queda aprobado el programa de trabajo para las dos primeras semanas del período de sesiones.

Protección de la atmósfera[9] (A/CN.4/678, cap. II, secc. C[10], A/CN.4/681[11], A/CN.4/L.851[12])

[Tema 9 del programa]

Segundo informe del Relator Especial

6. El PRESIDENTE invita al Sr. Murase, Relator Especial del tema «Protección de la atmósfera», a que presente su segundo informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/681).

7. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que ha introducido cambios de menor importancia en los proyectos de directriz 1 y 2, y una modificación importante en el proyecto de directriz 3, teniendo debidamente en cuenta las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior y por los Estados en la Sexta Comisión[13]. En cuanto al proyecto de directriz 1, se ha simplificado la definición de las características físicas de la atmósfera eliminando la referencia a la troposfera y la estratosfera, que quedan englobadas en la expresión «envoltura de gases que circunda la Tierra». A diferencia de algunos miembros de la Comisión, no es partidario de incluir la mesosfera y la termosfera en la definición del término «atmósfera», ya que, de las consultas que ha mantenido con científicos y juristas, se desprende claramente que el ámbito de aplicación del tema no incluye las capas superiores, aún no abarcadas por el derecho internacional. En su opinión, también es importante definir el aspecto funcional de la atmósfera, ya que el transporte transcontinental de sustancias contaminantes es uno de los principales problemas del medio ambiente atmosférico actual para el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización Meteorológica Mundial, la Comisión Económica para Europa y el Consejo Ártico.

8. Se han añadido dos párrafos en que se definen las expresiones «contaminación atmosférica» y «degradación de la atmósfera» en el proyecto de directriz 1. La definición de contaminación atmosférica que figura en el apartado *b* se centra en la introducción en la atmósfera de sustancias y está en consonancia con la establecida en el artículo 1 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, ampliamente citado en la doctrina. Si bien la expresión «contaminación atmosférica» se emplea en un sentido amplio y designa otras formas de degradación atmosférica, el Relator Especial es partidario de adoptar una definición restringida de ese concepto en derecho internacional. En el período de sesiones anterior, algunos miembros pusieron en duda la pertinencia del uso del término «energía» en el proyecto de directriz 2 propuesto en el primer informe. No obstante, es importante mantener ese término para definir la contaminación atmosférica, ya que la Comisión no debe pasar por alto el grave problema de las emisiones radiactivas ni el de la liberación de calor y luz en la atmósfera. Además, dada la adopción de una definición restringida de la contaminación atmosférica, se propone recurrir al concepto más amplio de «degradación de la atmósfera», definido en el apartado *c*, para designar otras alteraciones de las condiciones atmosféricas, como el cambio climático y la disminución de la capa de ozono.

9. En cuanto al proyecto de directriz 2, relativo al ámbito de aplicación material de las directrices, el apartado *a* establece claramente que se refieren a «las actividades humanas», lo que excluye los daños causados por fenómenos naturales como las erupciones volcánicas

[9] En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial al Sr. Shinya Murase (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168). En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial, en el que presentaba tres proyectos de directriz (*Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667).

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

[11] Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).

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

[13] Respecto a los proyectos de directriz 1, 2 y 3 propuestos por el Relator Especial en su primer informe, véase *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667.

o las arenas del desierto. En el apartado *b*, que precisa el contenido del conjunto del proyecto de directrices, el Relator Especial añadió la expresión «con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional» después de «su interrelación». Por último, añadió un apartado *c* en el que se retoma la cláusula «sin perjuicio de la condición jurídica del espacio aéreo conforme al derecho internacional aplicable», que figuraba en la versión anterior del proyecto de directriz 3.

10. La noción de «preocupación común de la humanidad» está firmemente arraigada en la práctica convencional y figura en varios convenios universalmente aceptados. Una manera de aplicarlo a la atmósfera es enunciarlo de forma directa, como en el Convenio sobre la Diversidad Biológica; la otra es reconocer, de modo más pasivo, la degradación de las condiciones atmosféricas, como en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El Relator Especial, dado que la primera solución era más fácilmente aceptable en el caso del presente proyecto de directrices, modificó el proyecto de directriz 3 en consecuencia. En el período de sesiones anterior, algunos miembros de la Comisión consideraron que la noción de preocupación común era, en efecto, demasiado débil para sentar las bases de un régimen jurídico aplicable a un problema tan importante como la protección de la atmósfera y que era preferible recurrir a la expresión, más arraigada, de «patrimonio común». No obstante, si bien es cierto que el Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes, de 1979, califica de «patrimonio común de la humanidad» a la Luna y sus recursos naturales, ese régimen nunca se aplicó plenamente. Cabe señalar también que el concepto de «patrimonio común» parece haber adquirido un nuevo significado desde las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebradas en el decenio de 1970. La calificación inicial de patrimonio común aplicada a los recursos fitogenéticos fue rechazada casi de inmediato y la propuesta similar de considerar el cambio climático y la biodiversidad como patrimonio común tampoco fue adoptada en la redacción final de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ni del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Si bien la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972, establece en el preámbulo que «ciertos bienes del patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera», el tono y los efectos del texto evocan más una «preocupación común» que un «patrimonio común», en el sentido que tiene, sin duda, ese concepto en el contexto institucional de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por tanto, el Relator Especial considera que hay que dar preferencia al concepto de «preocupación común» en lo que respecta a la protección de la atmósfera, como en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Aunque ese principio no da lugar a la obligación sustantiva de los Estados de proteger la atmósfera, puede servir ciertamente como complemento para establecer dos obligaciones generales de los Estados, a saber, proteger la atmósfera y cooperar entre ellos a tal fin.

11. El proyecto de directriz 4, que enuncia la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera se inspira en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en virtud del cual los Estados «tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino». El Relator Especial sostiene que esa misma obligación general, que puede considerarse una obligación *erga omnes*, se aplica a la protección de la atmósfera. Fue en el célebre *obiter dictum* del fallo dictado en la causa relativa a la *Barcelona Traction* donde la Corte Internacional de Justicia introdujo el concepto de obligaciones *erga omnes*, definidas como «obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto», es decir, obligaciones que «por su propia naturaleza […] conciernen a todos los Estados» (párr. 33 del fallo). Desde entonces, la Corte ha desempeñado un papel importante en el desarrollo de ese concepto, refiriéndose a él en varias opiniones consultivas y fallos, el más reciente de los cuales es el dictado en 2015 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*. La Comisión reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes* en el artículo 48, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[14], que aprobó en 2001. Por tanto, se podría decir que la noción de obligación *erga omnes* está firmemente arraigada en derecho sustantivo en relación con algunas normas importantes del derecho internacional aplicable, pero que ninguna norma procesal correspondiente parece dar efecto a esa obligación, de modo que no se puede afirmar que la obligación *erga omnes* legitima al Estado para iniciar una acción ante la Corte y apelar a la responsabilidad del Estado infractor. Solo una obligación *erga omnes partes*, es decir, una obligación contraída con un grupo de Estados en virtud de un convenio multilateral, otorga legitimidad activa a todas las partes. Como no existe ningún convenio multilateral sobre la protección de la atmósfera, el proyecto de directriz 4 se limita a reconocer la existencia de una obligación *erga omnes* en derecho sustantivo, sin tratar de legitimar a los Estados para actuar en el plano procesal. En efecto, es importante reconocer, incluso de manera abstracta, la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera. En la opinión consultiva de la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte dijo «ser consciente de que el medio ambiente no [era] una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos y del que depende la calidad de su vida y su salud, también para las generaciones venideras» (párr. 29 de la opinión consultiva). La Corte sostuvo que «[e]l deber general de los Estados de velar por que las actividades ejercidas dentro de su jurisdicción o su control respet[asen] el medio ambiente de otros Estados o de zonas no sujetas a una jurisdicción nacional ahora [formaba] parte del conjunto de normas de derecho internacional del medio ambiente» (ibíd.). El Relator Especial cree que, en ese mismo espíritu, la Comisión y la Sexta Comisión aprobarán el proyecto de directriz 4.

---

[14] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

12. El proyecto de directriz 5, que establece el principio de la cooperación internacional, también procede del concepto de preocupación común de la humanidad. Ese principio es un aspecto esencial de este proyecto, ya que el objeto de la labor de la Comisión es elaborar un marco de cooperación para la protección de la atmósfera, sin tratar de imputar la culpa a nadie mediante el establecimiento de un régimen de responsabilidad. En la actualidad se considera una obligación jurídica y no un simple deber moral, y, superando el «acervo» de las relaciones bilaterales de cooperación, que se inscribían en el marco de la «sociedad internacional» tradicional, ahora se basa en gran medida en los «intereses comunes» de la comunidad internacional en su conjunto (A/CN.4/681, párr. 60). Por último, el análisis de la jurisprudencia pone de manifiesto que entre los elementos esenciales del derecho internacional de la cooperación se encuentra el principio de la buena fe.

13. Así, además de los proyectos de directriz revisados relativos a las definiciones y el ámbito de aplicación del proyecto, el segundo informe contiene otros tres proyectos de directriz sobre los principios generales de la protección de la atmósfera, que constituyen una unidad fundamentalmente indisociable, que son: la noción de preocupación común de la humanidad, la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y la cooperación internacional. En cuanto al programa de trabajo del Relator Especial más allá del mandato quinquenal en curso, sobre el que los miembros de la Comisión pidieron algunas precisiones, dicho programa figura en la conclusión del informe y debería culminarse en 2020.

14. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por su exposición e invita a los miembros de la Comisión a formular observaciones.

15. El Sr. PARK dice que no está seguro de que el enfoque adoptado por el Relator Especial se ajuste a las condiciones a las que la Comisión subordinó la inscripción del tema en su programa de trabajo en 2013[15]. El Relator Especial, que tiene la intención de hacer una interpretación liberal de esas condiciones sin sobrepasar los límites impuestos por ellas, parece, no obstante, haberlos rebasado en los párrafos 10 y 12 de su segundo informe y en el apartado *c* del proyecto de directriz 1, que menciona expresamente la disminución del ozono de la estratosfera y el cambio climático como ejemplos de la degradación de la atmósfera, pese a que forman parte de los temas de negociaciones políticas excluidos del ámbito de aplicación del proyecto con arreglo a las condiciones acordadas en 2013. Por tanto, antes de proseguir los debates sobre ese párrafo, los miembros de la Comisión deben alcanzar un consenso claro al respecto.

16. Por lo que respecta al proyecto de directriz 1, parece necesario aclarar el significado del término «energía» que figura en la definición de la contaminación atmosférica. El Relator Especial considera que es importante referirse a la cuestión de la contaminación «energética» en un sentido amplio, habida cuenta en particular de la catástrofe nuclear de Fukushima, pero ese ejemplo no es pertinente, ya que no se trata de una introducción *intencionada* de energía en la atmósfera por la actividad humana, sino de un desastre natural excepcional que guarda más relación con el tema de la «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»[16]. Además, las centrales nucleares existentes en el mundo están debidamente reglamentadas en el plano nacional e internacional mediante dispositivos de seguridad jurídicos y científicos y, según el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), tras ese accidente, varios Estados decidieron aplicar y desarrollar su política nuclear para reducir las emisiones de carbono. Por tanto, es conveniente abordar la cuestión de la energía nuclear con mucha prudencia. El Sr. Park coincide con el Relator Especial, a reserva de las observaciones formuladas en relación con el apartado *c*, en el interés de establecer una distinción entre los conceptos de degradación de la atmósfera y contaminación atmosférica, pues el segundo se centra en la introducción en la atmósfera de sustancias nocivas, mientras que el primero también se refiere a una alteración de la composición de la atmósfera por efecto de sustancias que no son perjudiciales *en sí mismas*.

17. En cuanto al proyecto de directriz 2, desde un punto de vista realista y práctico parece difícil distinguir, como pretende el Relator Especial en el párrafo 18 de su segundo informe, «los daños atmosféricos “transfronterizos”, por una parte, de «la contaminación local y nacional», por otra, a fin de excluir la segunda del ámbito de aplicación del tema. Dado el carácter fluyente de la atmósfera, las sustancias nocivas que penetran en el espacio aéreo de un Estado se desplazan inevitablemente hacia el de otros Estados, siendo la propia atmósfera el vector de esa migración. El Relator Especial también parece basarse en esa consideración cuando, en el párrafo 33 del informe, afirma que las cuestiones ecológicas regionales pueden dar lugar a una preocupación común para la humanidad, y cabe preguntarse si esa afirmación no entra en contradicción con la delimitación del ámbito de aplicación del tema que prevé. Así pues, el Sr. Park propone concretamente reemplazar el texto actual del proyecto de directriz 2 por los puntos *a*, *b*, *c* y *d* de las condiciones acordadas en 2013.

18. Con respecto al proyecto de directriz 3, el Sr. Park apoya la propuesta del Relator Especial de adoptar una concepción más «pasiva» de la noción de preocupación común, reconociendo, de manera más precisa, que el deterioro de las condiciones atmosféricas es un tema de preocupación común, y no la protección de la atmósfera. La noción de preocupación induciría, además, a adoptar una respuesta colectiva y completaría la obligación de los Estados de cooperar entre sí para proteger la atmósfera. No obstante, la práctica convencional citada por el Relator Especial en apoyo de la existencia de una relación entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático y, en particular, la referencia al carbono negro y el ozono troposférico parecen ir más allá de las condiciones acordadas en 2013, que excluían específicamente esas dos sustancias del ámbito de aplicación del tema.

19. En cuanto al proyecto de directriz 4, el Sr. Park considera que habría que precisar a qué se aplica exactamente la obligación general de los Estados de proteger

[15] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

[16] Véase la nota a pie de página del párrafo 69 del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681).

la atmósfera, algo que no hace el proyecto de directriz. Cabría incluso cuestionar la pertinencia de emplear, en el presente contexto, una expresión inspirada en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativa a la «obligación de proteger […] el medio marino», que puede, a su vez, definirse de manera concreta. Además, si pretendemos formular de manera general, en términos amplios, la obligación que pesa sobre los Estados, sería conveniente atenuar su fuerza. Así pues, el Sr. Park propone que diga: «Los Estados deberán abstenerse de deteriorar intencionadamente la calidad de la atmósfera» o «Los Estados no deberán causar degradación atmosférica».

20. Con respecto a la redacción del proyecto de directriz 5, en aras de la armonización de temas similares, sería preferible ajustarse a los trabajos anteriores de la Comisión e inspirarse en el artículo 4 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[17], de 2001. Por último, en relación con el programa de trabajo futuro, sería conveniente que, con arreglo a las condiciones acordadas en 2013, el principio de precaución no figure en él y que el Relator Especial precise lo que se propone incluir en la quinta parte de su labor.

Se levanta la sesión a las 17.25 horas.

3245ª SESIÓN

Martes 5 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Declaración del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, y lo invita a que presente a la Comisión información actualizada sobre las novedades jurídicas en las Naciones Unidas.

2. El Sr. de SERPA SOARES (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que, en el marco de las actividades de la Oficina de Asuntos Jurídicos realizadas el pasado año, la División de Codificación ha prestado servicios sustantivos de secretaría y asistencia a la Sexta Comisión durante el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General. La Sexta Comisión ha examinado unos 20 temas del programa relativos a cuestiones como la promoción de la justicia y del derecho internacional, la fiscalización de drogas, la prevención del delito y la lucha contra el terrorismo internacional en todas sus formas y manifestaciones. La Sexta Comisión ha mantenido su tradición reciente de aprobar todas sus resoluciones y decisiones sin proceder a votación.

3. Una de ellas es la resolución por la que se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio sobre la Transparencia). La Convención, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), tiene por objeto dar a los Estados que deseen que el nuevo Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia sea aplicable a sus tratados de inversión vigentes un mecanismo eficiente con ese fin. La Convención se abrió a la firma el 17 de marzo de 2015 y entrará en vigor seis meses después de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

4. En su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones», la Asamblea General hizo notar la conclusión de tres de los proyectos de la Comisión: la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros[18], la primera lectura del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre[19] y los trabajos sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)»[20]. En su resolución 69/119, de 10 de diciembre de 2014, titulada «Expulsión de extranjeros», la Asamblea decidió seguir examinando ese tema en su septuagésimo segundo período de sesiones. También se han examinado otros dos temas dimanantes de los trabajos de la Comisión, a saber, «Efectos de los conflictos armados en los tratados» y «La responsabilidad de las organizaciones internacionales»; ambos temas se han incluido en el programa provisional del septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea.

5. Habida cuenta de que el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional no ha logrado adelantos sustantivos respecto de las cuestiones pendientes relativas al proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, la Asamblea General ha recomendado que se establezca un nuevo grupo de trabajo durante su septuagésimo período de sesiones con miras a finalizar el proceso[21].

---

[17] Resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 156 y ss., párrs. 97 y 98.

[18] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

[19] Ibíd., págs. 66 y ss., párrs. 55 y 56.

[20] Ibíd., págs. 100 y ss., párr. 65.

[21] Resolución 69/127 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, párr. 24.

6. La División de Codificación ha seguido prestando apoyo al Programa de Asistencia de las Naciones Unidas para la Enseñanza, el Estudio, la Difusión y una Comprensión Más Amplia del Derecho Internacional. No obstante, debido a la falta de financiación, no ha sido posible organizar los cursos regionales de derecho internacional para Asia y el Pacífico y para América Latina y el Caribe. En su sexagésimo noveno período de sesiones, la Asamblea General concluyó que las contribuciones voluntarias no habían resultado ser un método sostenible de financiación de las actividades que se realizaban en el marco del Programa de Asistencia y solicitó al Secretario General que incluyera recursos adicionales para el Programa de Asistencia con cargo al proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2016-2017[22].

7. La Oficina del Asesor Jurídico ha tenido un año muy atareado. Entre otras cosas, ha prestado asesoramiento jurídico a la Secretaría sobre la legalidad del uso de la fuerza armada en dos casos: los ataques aéreos contra el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIIL), o Dáesh, llevados a cabo en la República Árabe Siria por una coalición encabezada por los Estados Unidos de América; y los ataques aéreos de una coalición de Estados árabes contra las fuerzas huzíes en el Yemen. A pesar de la aparente similitud de ambas situaciones, las normas jurídicas aplicables son muy diferentes. La coalición responsable de los ataques aéreos contra el EIIL ha invocado el derecho de legítima defensa colectiva reconocido en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por otra parte, la coalición autora de los ataques aéreos en el Yemen ha citado el derecho del Gobierno legítimo del Yemen del Presidente Hadi a solicitar apoyo militar para luchar contra una insurgencia.

8. La Oficina está examinando cuidadosamente el informe de la Junta de Investigación sobre ciertos incidentes ocurridos en la Franja de Gaza entre el 8 de julio y el 26 de agosto de 2014 con miras a determinar las reclamaciones que la Organización podría hacer para la reparación de los daños sufridos en algunos de los incidentes que corresponden al ámbito de competencia de la Junta, como el bombardeo de escuelas utilizadas como refugios de emergencia.

9. La Oficina también ha participado activamente en iniciativas encaminadas a establecer mecanismos de rendición de cuentas en la República Árabe Siria, la República Centroafricana y Sudán del Sur. A pesar del carácter sistemático y generalizado de las atrocidades cometidas en la República Árabe Siria, como, por ejemplo, las detalladas por la Comisión de Investigación Internacional Independiente sobre la Situación en la República Árabe Siria, a nivel internacional sigue haciéndose caso omiso de los llamamientos para que se rindan cuentas debido a la falta de voluntad política o de consenso entre los Estados Miembros.

10. En la República Centroafricana, en virtud de un memorando de entendimiento firmado con las autoridades nacionales en agosto de 2014, la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Centroafricana (MINUSCA) prestará apoyo a un tribunal penal especial encargado de investigar y enjuiciar los delitos graves cometidos en el país. La ley de reciente aprobación por la que se establece el Tribunal Penal Especial no se ajusta plenamente a las disposiciones del memorando, en particular porque no prevé una mayoría de magistrados contratados internacionalmente en todas las etapas del procedimiento. No obstante, las Naciones Unidas han llegado a la conclusión de que nada les impide prestar el debido apoyo al Tribunal. Sobre todo, es esencial garantizar el carácter exclusivamente internacional de la MINUSCA y, al mismo tiempo, preservar la titularidad nacional del Tribunal Penal Especial y la independencia de su personal.

11. En lo que respecta a Sudán del Sur, el Consejo de Seguridad ha recalcado la necesidad de llevar ante la justicia a los autores de violaciones graves de los derechos humanos y ha tomado nota del importante papel que pueden desempeñar en ese sentido las investigaciones y enjuiciamientos internacionales. En febrero de 2015, las dos principales partes en el conflicto acordaron el establecimiento de un órgano judicial híbrido independiente para enjuiciar a los principales responsables de vulneraciones del derecho internacional humanitario y del derecho de Sudán del Sur cometidas desde diciembre de 2013. Aprovechando ese impulso, la Secretaría ha venido estudiando posibles opciones de procesos de exigencia de responsabilidad penal y de justicia de transición para Sudán del Sur. Para las Naciones Unidas, la opción preferida seguirá siendo con toda probabilidad la Corte Penal Internacional, aun cuando solo pueda enjuiciar a un número muy limitado de presuntos responsables. No está claro si la situación política y de seguridad en Sudán del Sur permitirá establecer en el país un órgano judicial híbrido independiente. Será esencial lograr una financiación sostenible para ese proyecto. A la larga, puede resultar más conveniente adaptar los mecanismos existentes que crear estructuras totalmente nuevas.

12. La División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar sigue atendiendo la creciente demanda de los Estados prestándoles servicios técnicos para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que viene garantizando la estabilidad en ese ámbito del derecho desde hace más de 30 años. La División también ha seguido prestando servicios sustantivos a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, cuyo volumen de trabajo no deja de aumentar.

13. En el ámbito del derecho administrativo internacional, el Asesor Jurídico dice que el Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas y el Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas celebrarán pronto su sexto año de funcionamiento. Al 2 de abril de 2015, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso-Administrativo incluía 1.101 sentencias, y la del Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas, 495. Ambos tribunales contribuyen constantemente al desarrollo del derecho administrativo internacional.

14. En la esfera del derecho mercantil internacional, el programa de trabajo de la CNUDMI incluye temas como las microempresas y pequeñas y medianas empresas, el arbitraje y la conciliación, la solución de controversias en

[22] Resolución 69/117 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, párr. 7.

línea, el comercio electrónico, el régimen de la insolvencia y las garantías reales. En marzo de 2015, la CNUDMI organizó su 11er Coloquio Judicial Multinacional sobre la Insolvencia con el Banco Mundial y la Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia. En su próximo período de sesiones de julio de 2015, la CNUDMI debatirá la manera de promover la interpretación y aplicación uniformes de sus reglas y normas, la incorporación de esas reglas y normas en el derecho positivo de los Estados, la cooperación con las organizaciones internacionales pertinentes y la inclusión del estado de derecho en la agenda para el desarrollo después de 2015.

15. En lo que respecta a las actividades de la Sección de Tratados, el Asesor Jurídico dice que el Secretario General ha pasado a ser recientemente el depositario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Desde abril de 2014 han entrado en vigor cinco tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General. Uno de ellos es la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, fruto de la labor de la Comisión de Derecho Internacional. Los otros cuatro tratados son el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones; la Enmienda al Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo; el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica; y el Tratado sobre el Comercio de Armas. Ante el éxito de la jornada de los tratados de 2014, se organizará una jornada de los tratados de 2015 en el próximo septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General.

16. En abril de 2014, el Estado de Palestina depositó los instrumentos de adhesión a 14 tratados en poder del Secretario General, y en enero de 2015 depositó los instrumentos de adhesión a otros 16, entre ellos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Algunos de esos tratados están abiertos a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de los organismos especializados (fórmula «de Viena») y otros están abiertos a todos los Estados (fórmula «de todos los Estados»). Los instrumentos de adhesión del Estado de Palestina a los tratados de la primera categoría se han aceptado porque el Estado de Palestina es un Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); los instrumentos de adhesión a los tratados de la segunda categoría se han aceptado porque Palestina ha obtenido la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 67/19 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 2012.

17. La labor de la Comisión de Derecho Internacional, su cooperación con la Sexta Comisión y sus esfuerzos por hacer que su labor sea ampliamente accesible son cuestiones de gran interés para los Estados Miembros. Como la Comisión de Derecho Internacional trata de cumplir su mandato en un entorno cambiante de mayores limitaciones financieras, la Oficina del Asesor Jurídico hará todo lo que esté a su alcance para proporcionarle la asistencia que necesita. Velará por que la División de Codificación siga ejerciendo sus funciones con la mayor profesionalidad, diligencia y dedicación.

18. El PRESIDENTE da las gracias al Asesor Jurídico por su declaración e invita a los miembros de la Comisión a que hagan observaciones y preguntas.

19. El Sr. TLADI observa que el Asesor Jurídico ha utilizado el término «consenso» en dos ocasiones. Primero en un sentido negativo, en referencia a los efectos del consenso en la toma de decisiones en, por ejemplo, la incapacidad del Consejo de Seguridad de adoptar decisiones para promover la rendición de cuentas en algunos casos de atrocidades. En segundo lugar, en un sentido positivo, en referencia a la tradición de la Sexta Comisión de adoptar decisiones por consenso. A la luz de la incapacidad de la Sexta Comisión para avanzar en algunas cuestiones, como la convención general sobre el terrorismo y la responsabilidad penal de los funcionarios de las Naciones Unidas, el orador pregunta si la Oficina del Asesor Jurídico ha contribuido de algún modo al mantenimiento de la confidencialidad del informe sobre los presuntos abusos cometidos en la República Centroafricana o a la suspensión del denunciante, que es funcionario de las Naciones Unidas.

20. El Sr. de SERPA SOARES (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que la lentitud de los avances no obedece a la necesidad de que los Estados Miembros en la Sexta Comisión tomen las decisiones por consenso. El problema es que la participación de los Estados Miembros en los trabajos de la Sexta Comisión no es suficientemente activa. Se están estudiando ideas para revitalizar su labor.

21. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha llevado a cabo una investigación inicial sobre los presuntos abusos sexuales de niños por parte de soldados franceses en la República Centroafricana. Su informe se ha remitido a las autoridades judiciales francesas. La Oficina del Asesor Jurídico se ha limitado a ayudar a las autoridades francesas a avanzar en su propia investigación. El Asesor Jurídico no dispone de detalles sobre la situación del denunciante; hay órganos especializados en las Naciones Unidas, como la Oficina de Ética y la Oficina de Servicios de Supervisión Interna, que se encargan de este tipo de situaciones. Existen protocolos para revelar el tipo de información denunciada por un motivo muy importante: para proteger a las víctimas, los testigos y los investigadores. Las Naciones Unidas condenan firmemente los incidentes de abusos o explotación sexuales, en especial los que afectan a niños u otros grupos vulnerables, y su política consiste en actuar de manera decidida contra esas actividades delictivas.

22. El Sr. KITTICHAISAREE, en referencia al asesoramiento prestado por la Oficina del Asesor Jurídico sobre la legalidad del uso de la fuerza, pregunta si en lo sucesivo el derecho de legítima defensa colectiva reconocido en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas puede invocarse para justificar el uso de la fuerza armada contra agentes no estatales, como se ha hecho en el caso

de los ataques aéreos contra el EIIL. Si así fuera, sería una regla innovadora, que implicaría que la comunidad internacional goza del derecho de legítima defensa contra los terroristas mediante el uso de la fuerza armada. En lo que respecta a la legalidad de los ataques aéreos contra las fuerzas huzíes en el Yemen, el orador pregunta si en adelante el derecho internacional permitirá a un Estado que sufra un conflicto armado interno solicitar apoyo militar del exterior en sus esfuerzos por reprimir una insurgencia. Habida cuenta de que solo quedan algunas cuestiones sin resolver en el proceso de finalización del proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, el orador pregunta si el Secretario General consideraría la posibilidad de hacer uso de sus buenos oficios para promover la adopción de una decisión al respecto.

23. Sir Michael WOOD dice que valora los excelentes estudios llevados a cabo por la División de Codificación en diversos ámbitos del derecho internacional, entre ellos la aplicación provisional de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, el principio *aut dedere aut iudicare* y el asilo diplomático. Otros aspectos útiles de su labor son sus publicaciones, como los *Reports of International Arbitral Awards*, los cursos regionales de derecho internacional y la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional. Todos esos aspectos de la labor de la División de Codificación deben proseguirse y ampliarse. La sección jurídica de la biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra es un excelente recurso; el orador espera que la biblioteca mantenga una financiación adecuada.

24. El Sr. HASSOUNA pregunta si, en una situación de conflicto civil sin control por parte de ningún gobierno, las Naciones Unidas tienen derecho a proporcionar asistencia a un Estado sin el consentimiento de una autoridad legítima. Sería interesante saber si el fracaso de la mediación de las Naciones Unidas en diversos conflictos en el Oriente Medio, en particular en el Yemen y la República Árabe Siria, se debe a la complejidad de esas crisis, a la inexistencia de mecanismos eficaces para encontrar soluciones o a la falta de respaldo del Consejo de Seguridad a la mediación debido a las divisiones entre los Estados Miembros.

25. El Sr. de SERPA SOARES (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que su Oficina ha determinado que los ataques aéreos contra el EIIL en el territorio de la República Árabe Siria se inscriben en la categoría de legítima defensa colectiva prevista en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Se ha considerado que los ataques aéreos contra insurgentes en el Yemen están asociados al derecho del Gobierno legítimo del Presidente Hadi en el país a solicitar apoyo militar en la lucha contra la insurgencia. No corresponde a su Oficina dar más explicaciones sobre el dictamen que ha emitido en respuesta a las peticiones formuladas. Aunque solo quedan algunas cuestiones por resolver antes de ultimar el proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, una de ellas es la cuestión fundamental de la definición de terrorismo, sobre la que algunos Estados Miembros han planteado serias objeciones. La División de Codificación procurará promover un debate entre ellos y buscar la manera de desbloquear la situación.

26. La División de Codificación está trabajando actualmente en dos estudios sustantivos sobre cuestiones de derecho internacional público: las inmunidades de los jefes de Estado y las cuestiones relacionadas con la asistencia humanitaria. Las publicaciones de la División de Codificación y la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional seguirán funcionando con su dotación de recursos habitual. Es probable que los cursos regionales sobre derecho internacional se financien con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas, pero eso tendrá que confirmarlo la Asamblea General en su próximo período de sesiones.

27. El Asesor Jurídico es de la opinión —que parte de la comunidad jurídica internacional considera demasiado conservadora— de que, dado el estado actual de desarrollo del derecho internacional, las Naciones Unidas no tienen derecho a proporcionar asistencia humanitaria sin que medie el consentimiento del Estado afectado o una resolución del Consejo de Seguridad. No puede explicar por qué fracasó la mediación en la República Árabe Siria y el Yemen. Su Oficina seguirá, sin dejarse amilanar, buscando soluciones a las controversias recurriendo a la mediación o a cualquiera de los otros medios para el arreglo pacífico de controversias descritos en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas.

28. El Sr. KAMTO dice que la situación en el Yemen es similar a una que se dio anteriormente en Libia, donde una insurgencia nacional contra un Gobierno de dudosa legitimidad se convirtió en un conflicto armado. En Libia, el Consejo de Seguridad autorizó la intervención de una coalición de Estados Miembros invocando la responsabilidad de proteger a una población en situación de riesgo. En el Yemen, sin embargo, no se autorizó ninguna intervención, aunque el Gobierno había perdido el control y el Presidente había huido del país. ¿Podría el Asesor Jurídico comentar esa discrepancia? Por supuesto, esas cuestiones son delicadas, rayanas en lo político, pero como se ha solicitado asesoramiento jurídico al respecto, se agradecería recibir alguna información.

29. ¿Considera el Asesor Jurídico que la comunidad internacional y las Naciones Unidas proporcionaron suficiente asistencia a Sudán del Sur cuando se convirtió en un Estado independiente sin contar con las instituciones necesarias y con dirigentes que, en su mayor parte, habían sido antiguos miembros de las fuerzas armadas?

30. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO dice que apoya las observaciones de Sir Michael Wood sobre la calidad de la asistencia proporcionada por la División de Codificación a los miembros de la Comisión, de la que se ha beneficiado en su calidad de Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados. Manifiesta la esperanza de que el Asesor Jurídico pueda persuadir a las autoridades financieras de las Naciones Unidas de la necesidad de una financiación más sostenible para los cursos regionales de derecho internacional, ahora que ha quedado claro que las contribuciones voluntarias no bastan por sí solas.

31. Las denuncias de abusos sexuales cometidos por soldados franceses en la República Centroafricana ponen de relieve la necesidad de reanudar el examen del proyecto de convención sobre la exigencia de responsabilidades penales a los funcionarios y los expertos de las

Naciones Unidas en misión. El orador se complace en observar que la Sexta Comisión tiene previsto hacerlo en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General. Es el momento oportuno, ya que el actual Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su anterior cargo en las Naciones Unidas, elaboró una estrategia para poner fin a la explotación y los abusos sexuales en las operaciones de mantenimiento de la paz.

32. Al igual que el Sr. Tladi, el orador espera que la importancia del consenso no impida a la Sexta Comisión avanzar en una serie de cuestiones. Si bien lo ideal es que las decisiones se adopten por consenso, a veces es necesario recurrir a una votación. La única ocasión en que recuerda que la Sexta Comisión lo haya hecho fue en 2004, al examinar la clonación de seres humanos con fines de reproducción, y esa votación resultó divisiva y perjudicial. Por otro lado, un buen ejemplo de consenso sobre una cuestión contenciosa fue el de las negociaciones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional.

33. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO dice que él también desea recibir más aclaraciones del Asesor Jurídico sobre las similitudes jurídicas entre las situaciones de la República Árabe Siria y el Yemen, que parecen estar sujetas a interpretaciones diferentes según la parte del mundo de que se trate.

34. Por lo que se refiere a la situación en Sudán del Sur, dice que, en una reciente visita al país en su calidad de Presidente del Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, se señalaron a su atención varios problemas, como el de la protección de los civiles cerca de Juba. Está provocando fricciones entre el Gobierno y la Misión de las Naciones Unidas en Sudán del Sur y parece haber un vacío jurídico entre ambas instituciones. No obstante, lo más importante es que hay un problema fundamental de construcción del Estado: las bases jurídicas y políticas del Estado todavía no son sólidas. El orador desea conocer la opinión del Asesor Jurídico sobre el tipo de asistencia que las Naciones Unidas pueden dar a Gobiernos como el de Sudán del Sur.

35. El Sr. HMOUD dice que el Asesor Jurídico ha mencionado iniciativas para establecer mecanismos de rendición de cuentas por los crímenes internacionales cometidos en la República Árabe Siria, la República Centroafricana y Sudán del Sur, pero que el alcance de la rendición de cuentas en el plano internacional sigue siendo muy limitado. La Corte Penal Internacional suele investigar los crímenes cometidos por mandatarios (y no los actos de instancias inferiores) debido a la falta de recursos para enjuiciar «todas» las violaciones. También se pregunta cómo pueden contribuir las Naciones Unidas a asegurar la rendición de cuentas por crímenes internacionales cuando la Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción, dado que el Consejo de Seguridad no parece dispuesto a establecer nuevos mecanismos.

36. Habida cuenta de que el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana adopta decisiones sobre la paz y la seguridad internacionales y, en determinados casos, su mandato se solapa con el del Consejo de Seguridad, el orador pregunta qué puede hacerse para armonizar la labor de ambas instituciones. Por último, invita al Asesor Jurídico a que se pronuncie sobre la cuestión de la soberanía y las posibles excepciones a la misma, en vista del número cada vez mayor de Estados que invocan el derecho de legítima defensa en situaciones que afectan a agentes no estatales, como el EIIL, y del aumento de los conflictos armados internos.

37. El Sr. NOLTE, en referencia al asesoramiento jurídico solicitado a la Oficina del Asesor Jurídico sobre la legalidad del uso de la fuerza en la República Árabe Siria y el Yemen, dice que entiende que puedan existir razones por las que no se han hecho públicas las opiniones de la Oficina. No obstante, sería interesante saber si se apartan de la posición de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la causa relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* y en su fallo en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*.

38. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que el Asesor Jurídico ha indicado que el Tribunal Penal Especial de la República Centroafricana es un tribunal ordinario del sistema judicial nacional. No obstante, ha mencionado varios aspectos que parecen sugerir que el Tribunal tiene una dimensión internacional, como la presencia de magistrados de contratación internacional, su cooperación con la MINUSCA y el correspondiente memorando de entendimiento, que constituye un acuerdo internacional. En vista del debate que se viene manteniendo desde hace tiempo sobre la definición jurídica de los tribunales híbridos, la oradora solicita información sobre la labor de la Oficina de Asuntos Jurídicos en relación con esa cuestión y, en particular, sobre lo que la ley por la que se establece el Tribunal Penal Especial dispone acerca de la distinción entre tribunales híbridos y nacionales.

39. El Asesor Jurídico ha mencionado diversas opciones para garantizar la responsabilidad penal en Sudán del Sur, pero parece que las Naciones Unidas se están inclinando por la intervención de la Corte Penal Internacional. ¿Se está estudiando la relación entre los tribunales penales internacionales y los tribunales nacionales? Sería útil para muchas esferas del derecho internacional, en particular para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

40. El Sr. de SERPA SOARES (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que no desea dar explicaciones sobre cuestiones relacionadas con el asesoramiento jurídico prestado por su Oficina en relación con el uso de la fuerza contra el EIIL en la República Árabe Siria y el Yemen, salvo para decir que no se ha emitido ni se va a emitir ninguna opinión escrita. La Oficina presta asesoramiento al Secretario General y, con bastante frecuencia, a los Estados Miembros, de manera oficiosa. Ha mencionado el asesoramiento jurídico simplemente porque, en ambos casos, las informaciones de los medios de comunicación sobre los hechos jurídicos han sido inexactas.

41. La situación en Sudán del Sur plantea muchas cuestiones complejas, algunas de carácter diplomático. El Asesor Jurídico no está en condiciones de determinar si las Naciones Unidas y la comunidad internacional han hecho todo lo posible para la construcción del Estado. En lo que respecta a la responsabilidad penal, desearía contar con la mayor colaboración posible de las autoridades de Sudán del Sur y la Unión Africana. La Oficina de Asuntos Jurídicos está barajando diversas opciones de responsabilidad penal y probablemente se la invitará a informar al Consejo de Seguridad en un futuro próximo. La Corte Penal Internacional es el elemento central del sistema de justicia penal internacional. Con arreglo al principio de complementariedad, debe ocuparse principalmente de los crímenes internacionales más graves y cooperar al mismo tiempo con los mecanismos nacionales de rendición de cuentas.

42. El Asesor Jurídico confirma que el Tribunal Penal Especial de la República Centroafricana es una institución totalmente nacional que funciona con el apoyo de la MINUSCA. El hecho de que los sueldos de los magistrados y el personal del tribunal penal especial no sean pagados por las Naciones Unidas demuestra que no es un tribunal internacional.

43. El Asesor Jurídico conviene en que la Sexta Comisión debe reanudar el examen del proyecto de convención sobre la exigencia de responsabilidades penales a los funcionarios y los expertos de las Naciones Unidas en misión. No obstante, es evidente que esta no será aplicable a la situación de la República Centroafricana, en que solo hubo soldados franceses implicados y que fue anterior al establecimiento de las operaciones internacionales de mantenimiento de la paz. Los Estados Miembros deben participar en el debate con miras a reforzar la rendición de cuentas y los esfuerzos para combatir el abuso y la explotación sexuales por parte del personal de las Naciones Unidas. El actual Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha hecho una importante contribución a ese respecto.

44. El PRESIDENTE da las gracias al Asesor Jurídico por su amplia declaración y sus detalladas respuestas a las preguntas de los miembros.

45. El Sr. HMOUD señala que algunas de las preguntas que ha dirigido al Asesor Jurídico en árabe se han interpretado incorrectamente al inglés y que él y otros miembros de la Comisión de lengua árabe se ven obligados a hablar en otros idiomas. Pide a la Secretaría que tome medidas para que mejore la calidad de la interpretación del árabe.

Protección de la atmósfera (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. C, A/CN.4/681, A/CN.4/L.851)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

46. El Sr. TLADI dice que la interpretación del Relator Especial del entendimiento alcanzado por la Comisión en su 65º período de sesiones es más que «relativamente liberal», como él lo ha descrito: pretende dedicar algunas directrices precisamente a cuestiones que la Comisión, en el marco del entendimiento, ha decidido no abordar.

47. El proyecto de directriz 1, que figura en el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681), propone definiciones de atmósfera, contaminación atmosférica y degradación de la atmósfera. La definición de la atmósfera se basa en obras científicas más que en la práctica de los Estados y, por lo tanto, parece incompatible con la metodología propuesta en el primer informe sobre el tema[23], que consiste en limitar el ejercicio a un estudio de la práctica de los Estados.

48. Si bien la definición de contaminación atmosférica es buena y se apoya en la práctica, omite un elemento importante, a saber, el peligro o riesgo que representa esa contaminación para la salud humana, mencionado en los tratados en que se basa la definición. El orador no comprende la lógica de la definición de degradación de la atmósfera y no está seguro de que la distinción entre esta y la contaminación atmosférica tenga sentido. La metodología establecida para llegar a la definición es cuestionable, ya que se basa únicamente en dos causas juzgadas por tribunales de los Estados Unidos, que difícilmente pueden describirse como práctica generalizada.

49. La Comisión tal vez desea iniciar una labor de desarrollo progresivo cuando elabora proyectos de artículo que establecen normas jurídicas vinculantes y pueden transformarse en convenciones que incorporen las enmiendas que los Estados consideren necesarias. No obstante, esa posibilidad es más remota cuando la Comisión aprueba proyectos de directriz y, por lo tanto, se necesita una mayor cautela. El orador tiene reservas sobre las definiciones de «atmósfera» y «degradación de la atmósfera», pero apoya la de «contaminación atmosférica» con algunas pequeñas modificaciones. Por otra parte, no duda en recomendar la remisión del proyecto de directriz 2 al Comité de Redacción, aunque, atendiendo al espíritu del entendimiento mencionado anteriormente, debe hacerse referencia a ciertas normas y/o principios, como el de responsabilidades comunes pero diferenciadas, en una cláusula «sin perjuicio», salvo que la Comisión tenga la intención de proceder sin tener en cuenta el entendimiento.

50. El orador está de acuerdo en su mayor parte con la distinción entre principios y normas que figura en capítulo II del segundo informe. El desarrollo sostenible es sin duda un principio, pero, contrariamente a lo que se afirma en el párrafo 24 del informe, esa conclusión no puede basarse en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*. El fallo de la Corte Internacional de Justicia en esa causa se refiere a determinadas normas y principios que deben considerarse debidamente, pero no aclara si se trata de principios jurídicos o únicamente normas morales y políticas, ni si el desarrollo sostenible es una norma de ese tipo.

51. El orador desea saber cómo ha identificado el Relator Especial los principios que, según afirma, son pertinentes para la protección de la atmósfera. El orador suscribe personalmente todos los principios identificados

[23] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667.

y los razonamientos esgrimidos, pero cree que el Relator Especial debería haber explicado mejor los motivos para excluir el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Aunque los debates sobre ese principio no suelen ser controvertidos, lo que divide a los Estados no es tanto el principio en sí mismo como la lógica en que se fundamenta. Los países del Norte creen que el principio se basa en la capacidad de asumir una mayor carga de responsabilidad, mientras que los del Sur destacan la contribución histórica a la degradación del medio ambiente. Se trata de cuestiones que la Comisión no tiene que abordar. El principio se refleja en casi todos los instrumentos modernos sobre medio ambiente, incluidos los pertinentes para la protección de la atmósfera, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[24]. Todas las disposiciones sobre mecanismos financieros y de transferencia de tecnología, que son habituales en los acuerdos e instrumentos jurídicos internacionales sobre medio ambiente, son una expresión de ese principio. Además, el de responsabilidades comunes pero diferenciadas es un principio de equidad que forma parte del desarrollo sostenible, al igual que el principio de precaución. Esto pone claramente de relieve que más adelante será necesario aclarar las delimitaciones e interconexiones entre los diversos principios que el Relator Especial tiene la intención de examinar en el futuro.

52. En cuanto a la cuestión de la metodología, el orador dice que si el proyecto de directrices se hubiera titulado proyecto de artículos, ese título no sería incorrecto, ya que el texto establece obligaciones en lugar de ofrecer a los Estados opciones para el cumplimiento de principios u obligaciones reflejados en la práctica, como cabría esperar de unas directrices. Si bien personalmente habría preferido la redacción de artículos sobre la protección de la atmósfera, la Comisión ha preferido las directrices. Así pues, tal vez sea mejor volver a redactar el texto en forma de directrices. En tal caso, en lugar de afirmar en el proyecto de directriz 4 que «[l]os Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera», la Comisión debería determinar los medios, basados en la práctica, por los que los Estados pueden adoptar medidas efectivas para impedir la contaminación de la atmósfera. De hecho, el orador estaría de acuerdo si la Comisión decidiera en el futuro cambiar el título del texto a «principios» en lugar de «directrices». En relación con el futuro plan de trabajo mencionado en el párrafo 79 del segundo informe, dice que la «vulnerabilidad» se cita como principio cuando no lo es, y que es necesario que los trabajos previstos para 2017 sean más específicos.

53. En resumen, el orador dice que es probable que la interpretación del entendimiento plantee problemas en el futuro; que el informe del Relator Especial está bien documentado y, en su mayor parte, bien fundamentado; que el Comité de Redacción debe revisar la definición de «contaminación atmosférica»; que las otras definiciones deben examinarse más a fondo antes de que se aborden en el Comité de Redacción; que las disposiciones sobre el ámbito de aplicación pueden examinarse en el Comité de Redacción; que uno de los principios que se examinen en el futuro debe ser el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas; y que el Comité de Redacción debe ser consciente de que la Comisión está elaborando proyectos de directriz y no proyectos de artículo.

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

[Tema 1 del programa]

54. En ausencia del Sr. Forteau (Presidente del Comité de Redacción), el Sr. Tladi dice que el Comité de Redacción sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario estará integrado, además de por el Presidente, por la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Gómez Robledo, el Sr. Hmoud, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Petrič, Sir Michael Wood (Relator Especial) y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

3246ª SESIÓN

Miércoles 6 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Protección de la atmósfera (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. C, A/CN.4/681, A/CN.4/L.851)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del segundo informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/681).

2. El Sr. MURPHY señala que el Relator Especial ha optado por lo que denomina una «interpretación liberal» de las condiciones acordadas en 2013, que, como ha apuntado el Sr. Park, presenta un enfoque razonable y equilibrado, a medio camino entre la observancia estricta de esas condiciones y su incumplimiento. No obstante, cabe recordar que esas condiciones fueron acordadas por el conjunto de los miembros de la Comisión y no deben tomarse por un reflejo de la posición extrema de algunos

[24] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I.

que el Relator Especial pueda sortear a su voluntad, siempre y cuando no la «incumpla». Las condiciones acordadas en 2013 constituyen en sí mismas el compromiso mencionado por el Relator Especial y, por tanto, la posición intermedia, aprobada por todos los miembros de la Comisión, que debe respetarse al preparar cada informe. La perturbación de ese equilibrio en aras de una «interpretación liberal» sería, sin duda alguna, un error, pues traicionaría la confianza existente entre los miembros de la Comisión al alcanzar ese acuerdo, que propició que se pusiera en marcha la labor sobre el tema.

3. El Sr. Murphy comparte plenamente las inquietudes del Sr. Park, que ha citado varios ejemplos de las libertades que el Relator Especial se ha tomado con el entendimiento alcanzado en 2013. Así, aunque en 2013 la Comisión acordó no abordar la cuestión del principio de precaución, el Relator Especial tiene la intención de dedicarle un proyecto de directriz. Del mismo modo, si bien estaba previsto que en el tema no se abordase la noción de «responsabilidades comunes pero diferenciadas»[25], el Relator Especial ha tomado la iniciativa de definir precisamente ese concepto. Lejos de hacer una «interpretación liberal» de las condiciones acordadas en 2013, ha ignorado por completo y de manera flagrante las condiciones fijadas por la Comisión. Estas establecen claramente que el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenderá imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuran ya en ellos. Ahora bien, el Relator Especial ha decidido dedicar la segunda parte del proyecto de directrices a los «principios generales» «de derecho» que «los responsables […] habrán de tener en cuenta»; en otras palabras, ha hecho caso omiso, una vez más, del entendimiento alcanzado en 2013, que excluía la redacción de proyectos de «artículo», de «principio» y de «conclusión». Del «plan» propuesto por el Relator Especial también se desprende su intención de elaborar un tratado. Es fundamental, no obstante, respetar de manera estricta las condiciones establecidas en 2013, porque los miembros acordaron que el tema se abordaría únicamente con arreglo a esas bases.

4. En el proyecto de directriz 3, el Relator Especial propone establecer que «la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad». En su informe, afirma que se trata de un concepto que «se ha establecido de manera clara y completa […] en la práctica de los Estados y la doctrina», lo que no es el caso, como señalaron numerosos miembros en el período de sesiones anterior. Hay que ser muy claros sobre este punto: en ningún tratado, sea universal, regional o bilateral, se dice que la degradación de las condiciones atmosféricas constituye una preocupación común de la humanidad. Ni la Corte Internacional de Justicia ni ningún otro tribunal internacional han afirmado jamás nada semejante. De ello se desprende que la afirmación hecha en el proyecto de directriz 3 solo es atribuible al Relator Especial.

5. El único elemento que puede sustentar esa afirmación figura en el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992. No obstante, nada indica que esa disposición fuese propuesta por los Estados como un principio jurídico; en realidad, parece tratarse de una mera fórmula que refleja ciertas divergencias políticas. Además, en ningún tratado sobre la atmósfera aprobado desde 1992 se recoge la expresión «preocupación común de la humanidad», que tampoco figura en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1997, ni en la Enmienda de 2006 al Anexo B del Protocolo de Kyoto ni en la Enmienda de Doha de 2012. No se menciona en la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada, de 2011[26], ni en el marco actual de las negociaciones mundiales sobre el cambio climático. Por último, esa expresión tampoco aparece en los instrumentos adoptados por los Estados entre 1985 y 1999 en relación con la disminución de la capa de ozono. A pesar de ello, el Relator Especial no indica en ninguna parte de su segundo informe que los Estados nunca han dado cuerpo a ese concepto, ni señala en momento alguno que esa noción no se ha retomado ni una sola vez en 20 años en el marco de las negociaciones relativas al cambio climático.

6. El Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, no hace alusión a ninguna «preocupación común de la humanidad», como tampoco lo hacen sus ocho protocolos adoptados o modificados entre 1985 y 2012. Nada impedía a los Estados partes calificar la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia de «preocupación común de la humanidad», de haberla considerado como tal, pero se abstuvieron de hacerlo y, una vez más, el Relator Especial ha optado por ignorar ese hecho. A falta de elementos que sustenten esa noción en los tratados relativos a la contaminación atmosférica, el Relator Especial se basa en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992, un instrumento que, obviamente, no tiene nada que ver con la atmósfera. Ahora bien, aunque se considere que los tratados no directamente relacionados con la atmósfera son pertinentes para el tema, se da la circunstancia de que ninguno de ellos —el Convenio sobre la Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, de 1991, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África, de 1994, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, de 2001, o el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, de 2013— menciona el concepto de «preocupación común de la humanidad». Esa fórmula tampoco figura en ninguno de los instrumentos sobre la pesca en alta mar adoptados en los últimos años. No es necesario abundar en esta enumeración para constatar que los Estados no han juzgado oportuno emplear esa expresión al establecer regímenes convencionales. El Relator Especial parece considerar que el uso del término «preocupación» en algunos de esos instrumentos basta para respaldar el concepto de preocupación común de la humanidad, pero ese argumento no es admisible ni convincente. La realidad es que los Estados conocen perfectamente esa noción

[25] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168 *a*.

[26] Convención Marco sobre el Cambio Climático, *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 17º período de sesiones, celebrado en Durban del 28 de noviembre al 11 de diciembre de 2011*, Adición, *Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 17º período de sesiones*, decisión 1/CP.17, de 11 de diciembre de 2011.

y han decidido no emplearla de manera deliberada y en repetidas ocasiones.

7. En su segundo informe, el Relator Especial afirma, además, que los «instrumentos no vinculantes» son una de las principales fuentes de derecho, lo que no es obviamente el caso. Cabe señalar, sin embargo, que ningún instrumento importante de ese tipo —como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[27], de 1972, o la Declaración de Río, de 1992— habla de preocupación común de la humanidad. Al no haber encontrado en el derecho convencional, la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional ningún elemento que apoye de manera efectiva su tesis, el Relator Especial anuncia de pronto en el párrafo 34 de su segundo informe que se trata de una noción en desarrollo, lo que, según él, justifica la adopción de un «enfoque deductivo», cualquiera que sea el sentido que dé a esa expresión. Ahora bien, la pregunta que se plantea de inmediato es por qué los Estados han renunciado a esa fórmula, no solo en los tratados relativos a la atmósfera, sino también en los relacionados con el medio ambiente, y la respuesta es que dicha fórmula ha dado lugar en la doctrina a todo tipo de interpretaciones que van mucho más allá del significado que se le atribuye en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. De hecho, el Relator Especial señala en su informe que ese concepto puede interpretarse en sentido amplio o de manera restrictiva.

8. Aunque no carentes de interés, esas interpretaciones se basan en afirmaciones extravagantes y sin fundamento, lo que explica precisamente por qué los Estados no quieren emplear la expresión «preocupación común de la humanidad» en los instrumentos contemporáneos y lo que debería llevar a la Comisión a no utilizarla tampoco en sus directrices. Aunque el Relator Especial considera que la interpretación del concepto de «preocupación común» que apoya es la correcta, y no las demás, no dice nada acerca de esa interpretación. Al término del debate mantenido en 2014, señaló que la aplicación de ese concepto daba lugar a «obligaciones sustantivas de protección del medio ambiente». No obstante, en su segundo informe asegura que «es difícil imaginar que [esa noción] pueda llevar a establecer obligaciones sustantivas específicas» para los Estados. Del mismo modo, después de afirmar que «ha[y] una estrecha vinculación entre las obligaciones *erga omnes*, y su cumplimiento, y la noción de "preocupación común"[28]», ahora descarta la interpretación de ese concepto según la cual «[incluye] un efecto jurídico que proporciona a todos los Estados un interés jurídico, o legitimación, en el cumplimiento de las normas relativas a la protección de la atmósfera». Todo ello crea una gran confusión y no se corresponde en absoluto con la realización del estudio «de manera exhaustiva [de] las consecuencias jurídicas de la noción de "preocupación común de la humanidad"[29]» que se esperaba. En cualquier caso, ningún elemento del proyecto de directriz 3 refleja la interpretación personal que hace el Relator Especial de ese concepto.

9. Al final del párrafo 37 del segundo informe, se afirma que ese concepto «no cabe duda de que sirve como complemento para la creación de dos obligaciones generales de los Estados» enunciadas en los proyectos de directriz 4 y 5. El Sr. Murphy, por su parte, no ve ni tal certeza ni la conveniencia de que la Comisión cree obligaciones. Sea como fuere, si la noción mal definida de «preocupación común» es un mero «complemento» de los proyectos de directriz 4 y 5, tal vez se podría abandonar el proyecto de directriz 3 y concentrarse únicamente en esos proyectos de directriz. Evidentemente, el Relator Especial tiene derecho a dar preferencia a una u otra interpretación, pero, aunque acordó en 2013 con la Comisión que no pretendería imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figurasen ya en ellos, pide a los miembros que lleguen a una conclusión definitiva sobre lo que se debe o no entender por el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992. Si eso no es interferir con las negociaciones políticas en curso, cabe preguntarse qué lo sería, y eso basta para considerar que el proyecto de directriz 3 y su comentario vulneran el entendimiento alcanzado en 2013. De los diez Estados que en otoño de 2014 formularon observaciones sobre la noción de preocupación común de la humanidad que figuraba en el primer informe del Relator Especial, ocho expresaron fuertes reservas con respecto a su empleo. La objeción más frecuente se refería al carácter indefinido de esa noción y a la incertidumbre en cuanto a las obligaciones jurídicas dimanantes. Por tanto, el orador considera que recurrir al concepto de preocupación común haciendo caso omiso de la práctica relativamente abundante de los Estados en el tema supondría tomar una decisión injustificada e inapropiada, es decir, desacertada. Por ello, no cree que el proyecto de directriz 3 deba ser remitido al Comité de Redacción.

10. El proyecto de directriz 4 tampoco se basa en la práctica convencional, la práctica de los Estados o la jurisprudencia, y la afirmación de que los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera, al igual que la «preocupación común de la humanidad», no se sustenta en ninguna de las fuentes tradicionales de derecho. El Relator Especial ha basado el proyecto de directriz en las nociones de obligación *erga omnes* y de *sic utere tuo ut alienum non laedas*, tras un análisis que, para utilizar otra expresión latina, parece *non sequitur*. Es cierto que la Corte Internacional de Justicia ha consagrado obligaciones *erga omnes* o que de algunos tratados multilaterales, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se desprende ese tipo de obligaciones para los Estados partes, pero el Relator Especial parece dar un paso considerable al concluir, sin nada que respalde su afirmación, que existe una obligación *erga omnes* no convencional de proteger la atmósfera. La Corte Internacional de Justicia no determinó que la protección del medio ambiente crease obligaciones *erga omnes* en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, ni en la relativa a *Timor Oriental*, ni en la relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, e incluso rechazó la argumentación de Australia en ese sentido en la causa relativa a los *Ensayos nucleares*. Convendría que el Relator Especial precisara lo que quiere decir cuando afirma, en el párrafo 51 de

[27] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

[28] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 152 y 153, párr. 121.

[29] Ibíd., pág. 150, párr. 107.

su segundo informe, que «la protección de la atmósfera en relación con cuestiones globales […] está claramente comprendida en la obligación general de los Estados». ¿Quiere decir con ello que cada Estado tiene una obligación con respecto a todos los demás en materia de cambio climático, disminución de la capa de ozono y contaminación atmosférica transfronteriza, se haya adherido o no a los regímenes convencionales en cuestión? En caso afirmativo, ¿cuál es el tenor de esa obligación? ¿Significa que los Estados no partes en los tratados sobre el cambio climático están, pese a ello, obligados a cumplirla, o que esa obligación *erga omnes* faculta a otros Estados, directa o indirectamente afectados por las emisiones, a reclamar una indemnización al Estado contaminante? Para el Sr. Murphy, esa afirmación tiene consecuencias importantes que no pueden sino entorpecer las negociaciones en curso. Sorprendentemente, parece que el Relator Especial considera que su alcance se vería atenuado por el hecho de que, en su opinión, no hay ninguna norma procesal asociada a la obligación que enuncia, pero, en realidad, cualquier tipo de disposición procesal podría darle efecto. Durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, varios Estados, entre ellos Francia, Austria, China y España, negaron expresamente su existencia, y los académicos también son reacios a respaldar una afirmación de consecuencias tan importantes, en particular en el plano político. La noción de *sic utere* también se invoca en apoyo de esa obligación, de enorme alcance, de protección de la atmósfera. Ahora bien, la obligación se centra, según sus propios términos, en el hecho de que los Estados no deben utilizar su territorio de una manera tal que cause daño al territorio de otro Estado, y no en la idea, mucho más abstracta, de que ningún Estado debe causar daño al medio ambiente. Incluso ampliando el concepto original de modo que prohíba a los Estados utilizar su territorio para causar daño a los territorios situados fuera de su jurisdicción nacional, utilizar ese argumento para afirmar que los Estados tienen una obligación general de protección de la atmósfera es un sofisma. Los Estados, como los tribunales internacionales en casos como el de *Fundición de Trail*, se han mostrado extremadamente prudentes en la formulación de obligaciones jurídicas relativas a la contaminación transfronteriza que representa una amenaza para la salud humana y el medio ambiente. Habida cuenta de lo que antecede, el Sr. Murphy se opone a la remisión del proyecto de directriz 4 al Comité de Redacción.

11. Además, el informe se caracteriza por una confusión conceptual permanente sobre el ámbito de aplicación del proyecto, ya que, si bien el Relator Especial a veces parece pensar que abarca cualquier daño causado a la atmósfera —de ahí el título del proyecto de directriz 4—, en otras ocasiones parece reconocer que en realidad se limita a las emisiones nocivas para la atmósfera mundial o a las emisiones transfronterizas que tengan efectos nocivos para la salud humana o el medio ambiente —de ahí las expresiones diferentes que emplea en los proyectos de directriz 1 y 2, cuando es preciso optar por una u otra posibilidad y redactar los proyectos de directriz en consecuencia—. Además, dado que en el informe se recuerda que las directrices se limitarán a los daños atmosféricos «transfronterizos» y que el Relator Especial afirma que la directriz 2, apartado *a*, se ajusta a los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[30], resulta cuando menos lamentable que el término «transfronterizo(s)» no aparezca en los dos primeros proyectos de directriz, donde sería más necesario. En cuanto al argumento de que sería difícil establecer una distinción entre los «daños “transfronterizos”, atmosféricos» y la «contaminación nacional y local», esa afirmación se ve desmentida por la práctica de los gobiernos que han centrado exclusivamente sus relaciones contractuales en determinados tipos de contaminantes cuyo origen físico se encuentra total o parcialmente en una zona sujeta a la jurisdicción de un Estado y cuyos efectos nocivos se dejan sentir en una zona sujeta a la jurisdicción de otro. Teniendo en cuenta las observaciones precedentes, tal vez sea preferible dejar a un lado el proyecto de directriz 2 hasta una etapa ulterior. Sea como fuere, el ámbito de aplicación de las directrices debería reflejar las condiciones establecidas en 2013.

12. Con respecto al proyecto de directriz 1, no parece necesario incluir una definición de la atmósfera que los Estados han considerado innecesaria a los efectos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático o de otros instrumentos en que se establecen obligaciones importantes sobre la atmósfera, como el Tratado por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua, de 1963, y el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, de 1996. En cuanto a la definición de la contaminación atmosférica, es preocupante constatar que difiere significativamente de la que figura en el apartado *a* del artículo 1 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, cuando ese instrumento es la piedra angular de un régimen convencional de gran importancia en el que más de 50 Estados son parte. Además, el Relator Especial también da al término «energía» un sentido que no tiene en ese artículo, que no abarca la contaminación radiactiva, nuclear o lumínica —sin contar con que, aunque estuviera relacionada con la contaminación atmosférica, la introducción de luz artificial en el medio ambiente no se designaría en general con la expresión «contaminación lumínica». En cuanto a la definición de la degradación de la atmósfera, carece de rigor y plantea problemas, sobre todo porque considera que el cambio climático es una forma de degradación de la atmósfera, lo que es incompatible con el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En efecto, ese tipo de cambio engloba otros fenómenos, además del calentamiento de la atmósfera y, cualquiera que sea su forma, es una consecuencia de la degradación atmosférica. Además, la definición propuesta no se limita a la degradación de la atmósfera causada por las actividades humanas, sino que parece susceptible de incluir fenómenos como las erupciones volcánicas o los incendios forestales, que la Comisión no tiene la intención de tratar en este contexto. A esto se añade que, si se aplica la definición de contaminación atmosférica que figura en el apartado *b* a la definición de degradación de la atmósfera, de la cual la primera es una forma, las actividades en cuestión deberían ser de alguna manera doblemente nocivas para satisfacer la sorprendente estructura de criterios redundantes establecida.

[30] Resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 156 y ss., párrs. 97 y 98.

13. Por último, el Sr. Murphy señala que no es partidario del envío de los proyectos de directriz 2, 3 y 4 al Comité de Redacción, ya que estos dos últimos, en particular, no están fundados en el derecho internacional en vigor ni son adecuados como proyectos de disposición de derecho internacional. Le gustaría mucho debatir con otros miembros sobre la manera óptima de dar un enfoque útil al proyecto de directrices, a fin de que culmine en unas verdaderas «directrices» que establezcan consideraciones concretas que los Estados puedan tomar en consideración. En efecto, sería más apropiado que las directrices se refiriesen a hechos no controvertidos y los señalaran a la atención de los Estados para alentarlos a que no los descuiden. Por ejemplo, se podría redactar un proyecto de directriz que establezca que la práctica de los Estados pone de manifiesto que cooperan de manera sustancial para hacer frente a los problemas relacionados con la degradación atmosférica (un hecho) y los aliente a seguir colaborando en el futuro.

14. El Sr. NOLTE agradece al Sr. Murase su excelente informe, que, además de estar bien documentado, tiene debidamente en cuenta los debates celebrados en 2014. Aunque está de acuerdo con el Sr. Tladi en que las condiciones acordadas en 2013 deben respetarse, no comparte las dudas expresadas por el Sr. Park, según el cual el segundo informe y los proyectos de directriz sobrepasan los límites fijados. Por el contrario, al orador le parecen plenamente conformes con el entendimiento de 2013, aun sin hacer una interpretación liberal del mismo. En efecto, no hay nada en las condiciones acordadas que prohíba definir conceptos básicos como la «atmósfera», la «contaminación atmosférica» o la «degradación de la atmósfera», siempre que esas definiciones se establezcan «a los efectos del presente proyecto de directrices», como se propone, y «no interfieran» con las negociaciones políticas[31]. El entendimiento no prohíbe establecer que el ámbito de aplicación de las directrices se refiere a las actividades que probablemente puedan tener efectos adversos significativos para el medio ambiente, versa sobre los «principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera» y excluye cualquier cuestionamiento sobre la condición jurídica del espacio aéreo. Tampoco impide plantearse hasta qué punto la protección de la atmósfera es una «preocupación común de la humanidad» en el sentido jurídico, ni tratar de determinar los principios vigentes del derecho internacional consuetudinario y las obligaciones que dimanan de ellos. Además, la Comisión no va a interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia por el mero hecho de recordar la existencia de ciertos principios básicos relativos a la protección de la atmósfera. Del mismo modo, no se puede considerar que el informe trate «sustancias específicas» por el simple hecho de mencionar algunas de forma puntual, en tanto que factores reconocidos de manera general como pertinentes, sin pronunciarse sobre el modo en que esas sustancias deberían ser tratadas en particular. El informe tampoco se ocupa del «espacio ultraterrestre», sino que establece con claridad que el tema no tiene por objeto afectar a la condición jurídica del espacio aéreo. Por último, no trata de «llenar» lagunas en los regímenes convencionales ni de «imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos»[32], pues se limita a exponer las normas ya existentes en virtud del derecho internacional consuetudinario.

15. El Sr. Nolte también considera que el segundo informe y los proyectos de directriz que en él figuran respetan el objeto y fin de las condiciones establecidas en 2013, que, en su opinión, pretenden fundamentalmente asegurar que la labor de la Comisión «no interfiera con negociaciones políticas relevantes». Esa condición es esencial en la medida en que recuerda a la Comisión que no puede contribuir sino de manera limitada al importante tema de la protección de la atmósfera. No obstante, la Comisión tiene por cometido recordar a los Estados los principios vigentes que deben tener en cuenta al examinar cuestiones relativas a la protección de la atmósfera en el contexto de las negociaciones políticas. Por consiguiente, el Sr. Nolte celebra el enfoque adoptado por el Relator Especial de definir, no reglas específicas, sino principios generales que, por su naturaleza, otorguen libertad a los Estados en el plano político.

16. Nada impide que los principios fundamentales del derecho internacional se enuncien en forma de directrices, a condición de que estas ofrezcan orientaciones generales sin imponer un resultado específico, algo que sucede en este caso, ya que se trata de proporcionar orientación a los Estados sobre las consideraciones generales que deben tenerse en cuenta al abordar cuestiones relativas a la protección de la atmósfera en las instancias competentes. Ahora bien, las directrices no están necesariamente desprovistas de carácter jurídico y son no vinculantes. Pese a lo que antecede, el Sr. Nolte se reserva su opinión acerca de si el futuro programa de trabajo propuesto por el Relator Especial respeta los límites de las condiciones establecidas en 2013. Se pregunta, en particular, sobre lo que abordará el proyecto de directriz 12, relativo al principio de precaución, ya que el entendimiento alcanzado en 2013 excluye expresamente ese principio del alcance de la labor de la Comisión sobre la protección de la atmósfera. También teme que los temas tratados en la quinta parte (Interrelación con otros ámbitos relevantes del derecho internacional) y la sexta parte (Cumplimiento y solución de controversias) sobrepasen los límites de la materia y resulten demasiado ambiciosos, a menos que el Relator Especial se contente con adoptar un enfoque general. No obstante, no es imprescindible que la Comisión se pronuncie sobre esas cuestiones de inmediato.

17. En cuanto al contenido del informe, el Sr. Nolte aprueba la definición del término «atmósfera» que se propone en el proyecto de directriz 1, que tiene la ventaja de no entrar en consideraciones científicas y ceñirse a aspectos puramente funcionales, así como de la expresión «contaminación atmosférica», inspirada en tratados ratificados por muchos Estados en los que también figura el término «energía». Con todo, el orador duda de la pertinencia de basar la definición de «degradación de la atmósfera» fundamentalmente en la legislación y las decisiones judiciales nacionales. Es preciso aclarar si la expresión «el cambio climático y cualquier otra alteración de las condiciones atmosféricas» solo se refiere a las alteraciones causadas «por la actividad humana» o

[31] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168 *a*.

[32] Ibíd., párr. 168 *b* y *d*.

si abarca cualquier forma de cambio climático, aunque no esté causado por la actividad humana. El Sr. Nolte se inclina a pensar que cualquier forma de cambio climático que tenga efectos adversos para la vida y la salud humanas debería considerarse una preocupación común de la humanidad que da lugar a determinadas obligaciones para los Estados en materia de cooperación.

18. Con respecto al proyecto de directriz 2, el Sr. Nolte subraya la importancia de la limitación, en el apartado *b*, del ámbito de aplicación de las directrices a los «principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera», lo que excluye el establecimiento de normas específicas que puedan interferir con negociaciones políticas. No tiene nada en contra de la definición de principios básicos, siempre que esos principios se extraigan del derecho vigente (*lex lata*) o, según el término utilizado por el Relator Especial, emergente (*lex ferenda*). No obstante, no suscribe la expresión «así como sobre su interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional», ya que duda que los principios puedan estar interrelacionados con «ámbitos», y considera que, en cualquier caso, sería demasiado ambicioso tratar de definir esas relaciones. En ese sentido, el orador desearía saber si el Relator Especial tiene la intención de elaborar una directriz que establezca la supremacía de los principios relativos a la protección de la atmósfera sobre, por ejemplo, las normas o los principios del derecho de los derechos humanos o del derecho internacional del mar. Está de acuerdo con la cláusula «sin perjuicio de la condición jurídica del espacio aéreo» enunciada en el apartado *c*, aunque la expresión «[n]*othing* […] *is intended to*» no es la que hubiera elegido. No está convencido de la pertinencia del apartado *a*, en la medida en que no se refiere verdaderamente al ámbito de aplicación de las directrices, sino más bien a su finalidad. Además, las directrices no «se refieren» directamente a las actividades humanas; deberían «estar relacionadas» con ellas. Así pues, el Sr. Nolte sugiere que el apartado *a* se incorpore en el preámbulo o en un proyecto de directriz sobre el objeto y fin de las directrices.

19. En relación con el proyecto de directriz 3, el Sr. Nolte recuerda que, en debates anteriores, expresó sus dudas sobre la conveniencia de erigir la preocupación común de la humanidad en principio, pues consideraba que primero había que determinar las repercusiones de ese enfoque. Si bien le ha tranquilizado en cierta medida el informe del Relator Especial, que excluye claramente las interpretaciones demasiado amplias de esa noción que han hecho algunos académicos, no está convencido de que el reconocimiento de la protección de la atmósfera como preocupación común de la humanidad deba establecerse como principio, como se propone en el proyecto de directriz 3. El hecho de que los Estados hayan sido reacios a emplear la expresión «preocupación común de la humanidad» no es una razón para que la Comisión no la use. No obstante, en lugar de erigirla en principio, podría mencionarse en el preámbulo, como se hace en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, acompañándola de todas las explicaciones necesarias para descartar los riesgos de una interpretación excesivamente amplia.

20. El proyecto de directriz 4, que establece un importante principio básico, se apoya en muchas referencias. Puede no estarse de acuerdo con el Relator Especial sobre la medida en que ese principio está arraigado, pero la cita que figura en el párrafo 50 del informe de la opinión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que esta determina que «*la existencia de la obligación general de los Estados** de garantizar que las actividades desarrolladas en los territorios sometidos a su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional forma parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente» (párr. 29 de la opinión consultiva), es particularmente pertinente, ya que la Corte no se refiere a tratados específicos, sino al acervo del derecho internacional ambiental —incluso se podría decir del derecho internacional consuetudinario— y la atmósfera forma parte del medio ambiente. No obstante, el Sr. Nolte no está convencido de que las teorías sobre la naturaleza de las obligaciones *erga omnes* sean realmente útiles y teme incluso que vayan demasiado lejos. Las explicaciones deberían centrarse más bien en el hecho de que la obligación de proteger la atmósfera es una obligación de conducta, no de resultado. También sería conveniente aclarar la relación existente entre la obligación general de proteger la atmósfera y el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, de alcance más limitado, que el Relator Especial tiene la intención de abordar ulteriormente en otra directriz. En la fase actual de la labor, parece orientarse hacia un «doble cómputo».

21. En cuanto al proyecto de directriz 5, el Sr. Nolte propone modificar la primera oración del apartado *b* y suprimir la segunda, de modo que el párrafo se lea como sigue: «Se insta a los Estados a cooperar en el desarrollo y el intercambio de conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la degradación atmosférica».

22. Para concluir, el Sr. Nolte señala que el Relator Especial ha modificado su enfoque teniendo en cuenta debates anteriores y que los miembros de la Comisión deberían examinar su informe desde una nueva perspectiva en lugar de obstinarse en sus posiciones. Eso no es hacer caso omiso de las condiciones establecidas en 2013, sino definir las normas o principios de derecho en vigor que los Estados deben o deberían tener en cuenta, siempre que esas normas y principios no vayan en contra de los regímenes convencionales existentes. Parece que, en relación con este tema, hay dos concepciones del derecho internacional enfrentadas: una lo considera un corpus de normas determinadas por los Estados en tratados y deja muy poco margen para el derecho internacional consuetudinario, al menos en lo que a principios se refiere, y la otra lo interpreta como un conjunto de normas y principios interrelacionados que se suman a las normas acordadas expresamente por los Estados y garantizan la coherencia sin obstaculizar la evolución, y que deben tenerse en cuenta en cualquier actividad de codificación y desarrollo progresivo. Por último, el Sr. Nolte dice ser partidario de remitir todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción, y espera que la Comisión, haciendo gala de seriedad, sabiduría y generosidad, no deje que el debate se estanque.

Se levanta la sesión a las 11.35 horas.

3247ª SESIÓN

Jueves 7 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Protección de la atmósfera (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. C, A/CN.4/681, A/CN.4/L.851)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del segundo informe del Relator Especial sobre el tema «Protección de la atmósfera» (A/CN.4/681).

2. Sir Michael WOOD dice que sigue teniendo serias reservas sobre la dirección hacia la que el Relator Especial está llevando a la Comisión. Le gustaría saber qué relación ve el Relator Especial entre este tema y la aprobación, bajo su presidencia, de la Declaración de Principios Jurídicos relativos al Cambio Climático por la Asociación de Derecho Internacional[33]. ¿Tiene el Relator Especial la misma ambición para el resultado final de los trabajos de la Comisión que la que tuvo para esos principios jurídicos, a saber, reconocerles la capacidad de determinar e influenciar la evolución del régimen del cambio climático?

3. Si bien el cambio climático es motivo de preocupación generalizada, no corresponde a la Comisión ser abanderada de causas, por muy dignas que sean. Lo que debe es considerar cuál, en su caso, puede y debe ser su contribución. Una cosa está clara: la Comisión debe aplicar fielmente el entendimiento alcanzado en 2013, recogido en el acta resumida[34] y reproducido en el párrafo 168 del informe sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones[35]. El acuerdo para incluir el tema en el programa de trabajo está condicionado por ese entendimiento, y los delegados en la Sexta Comisión siguen insistiendo en su importancia para ellos. Hay una auténtica preocupación por que la labor de la Comisión pueda afectar a las negociaciones políticas en curso, incluidas las relativas a un nuevo acuerdo sobre el cambio climático que se aprobará más adelante en 2015 y al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal) que todavía se encuentran en una etapa delicada y crucial. Toda interpretación del principio de equidad o de circunstancias especiales y vulnerabilidad puede constituir una interferencia perjudicial a la hora de interpretar esos conceptos en el contexto específico de las próximas negociaciones sobre el cambio climático. De igual modo, en relación con el Protocolo de Montreal, la labor de la Comisión puede crear obstáculos con respecto a las cuestiones que están examinando las partes en el Protocolo, como el apoyo financiero y la responsabilidad, la base jurídica para abordar los hidrofluorocarbonos y la reducción de los hidrofluorocarbonos con un elevado potencial de calentamiento de la Tierra. Por último, cualquier intento de la Comisión de elaborar principios generales sobre la protección de la atmósfera puede generar confusión sobre la función de los acuerdos internacionales vigentes con respecto a determinados aspectos relacionados con esta y crear contradicciones en la interpretación de los conceptos específicos que contienen.

4. En ese contexto, es desconcertante observar que el Relator Especial hace referencia en el párrafo 3 de su segundo informe a su «interpretación un tanto laxa» del entendimiento de la Comisión. Lo que se necesita no es una interpretación laxa o restrictiva del entendimiento, sino una aplicación de buena fe. El orador discrepa totalmente de la afirmación del Sr. Nolte de que el segundo informe del Relator Especial es precisamente esa aplicación fiel. El Sr. Nolte ha sostenido que, dado que el entendimiento de la Comisión no excluye expresamente la definición de términos exclusivamente a los efectos de los proyectos de directriz ni las referencias a normas vigentes y principios establecidos del derecho consuetudinario, la labor del Relator Especial se ajusta a lo dispuesto en dicho entendimiento. Ese argumento es simplemente insostenible y el Sr. Nolte se equivoca lisa y llanamente en su conclusión. La labor de la Comisión a menudo tiene un peso considerable, y toda definición o comentario conexo, aunque se aplique únicamente a los efectos de las directrices, puede generar confusión o correr el riesgo de influir en negociaciones políticas en curso y en la aplicación de regímenes convencionales existentes. No hay en el derecho vigente suficiente fundamento para los principios que propone el Relator Especial, y sus definiciones de términos difieren de las aceptadas en regímenes convencionales bien establecidos. Términos como «energía», por ejemplo, no se definen en los regímenes convencionales existentes como lo hace el Relator Especial.

5. En su segundo informe, el Relator Especial ofrece una imagen bastante optimista tanto del debate de la Comisión sobre el tema como del debate conexo en la Sexta Comisión. No obstante, en el capítulo VIII del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones[36] se da cuenta con considerable detalle de las preocupaciones expresadas por los miembros de la Comisión, y en el párrafo 30 del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2014 (A/CN.4/678) se enumeran varias dudas expresadas por las delegaciones en relación con la labor de la Comisión sobre el tema.

6. En lo que respecta a los cinco proyectos de directriz propuestos, el orador observa que el proyecto de

[33] International Law Association, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, Londres, 2014, págs. 28 a 33, resolución 2/2014, anexo.

[34] *Anuario… 2013*, vol. I, 3197ª sesión, pág. 174, párr. 31.

[35] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 84.

[36] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 146 y ss.

directriz 1 *a* contiene una nueva definición del término «atmósfera». Él fue uno de los que, en el anterior período de sesiones, no veía la necesidad de una definición, al menos en la etapa actual, y mantiene esa opinión. Ni la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ni su Protocolo de Kyoto definen el término «atmósfera». En la definición propuesta por el Relator Especial, no está claro cuál es el sentido que se quiere atribuir a las palabras «en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes». Literalmente, significan que las directrices se ocupan únicamente de un subconjunto de la atmósfera: la parte en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes. Si esas palabras pretenden ser meramente descriptivas, quizás entonces deban omitirse y la idea en que se basan deba abordarse en el comentario.

7. En cuanto al proyecto de directriz 1 *b*, sorprende al orador que en la versión en inglés se pida a la Comisión que defina el término «*air pollution*» en lugar de «*pollution of the atmosphere*», en particular cuando la propia definición hace referencia a la introducción de sustancias o de energía «*into the atmosphere*» (en la atmósfera). El orador entiende que la Comisión ha optado de forma deliberada por utilizar el término «*atmosphere*» en lugar de «*air*». También se pregunta si es apropiado referirse a la introducción de energía en la atmósfera cuando ya se ha establecido, en el marco del OIEA, un régimen normativo internacional muy estricto para regular la utilización segura de la energía nuclear.

8. En lo concerniente al proyecto de directriz 1 *c*, no está claro qué se pretende al incluir el término «cambio climático» en la definición de «degradación de la atmósfera». Parece ir en contra del concepto mismo de cambio climático, que se refiere a los efectos producidos en el sistema climático, del que la atmósfera es solo un elemento.

9. El orador sigue teniendo dudas sobre el texto del proyecto de directriz 2 *a*, relativo al ámbito de aplicación de las directrices. De los tres tipos posibles de daño a la atmósfera —el daño mundial, el daño transfronterizo y el daño puramente local—, hasta la fecha el derecho internacional solo ha abordado los dos primeros. Al hacerlo, se ha basado en distintas normas difíciles de armonizar, y probablemente es mejor que no se armonicen.

10. En el proyecto de directriz 2 *b*, la referencia a «principios básicos» parece incompatible con el entendimiento de la Comisión de 2013[37], en el que se aclara que el tema debe dar lugar a «directrices», y no «principios». El orador pide al Relator Especial que aclare si en derecho internacional se usa efectivamente alguno de los muchos sentidos propuestos en el párrafo 24 de su informe para la palabra «principio». Apoya la propuesta del Sr. Park de sustituir todo el texto del proyecto de directriz 2 por los cuatro párrafos del entendimiento de la Comisión de 2013.

11. En cuanto al proyecto de directriz 3, el orador considera desalentador que, pese a las serias dudas y objeciones expresadas el año pasado en la Comisión y en la Sexta Comisión, el Relator Especial siga insistiendo en utilizar la expresión vaga y controvertida «preocupación común de la humanidad», incluso para sustituir el anterior título del proyecto de directriz, «Condición jurídica de la atmósfera»[38]. Se agradecería una explicación de ese cambio fundamental. Si bien hay consenso en que la degradación de las condiciones atmosféricas es motivo de preocupación, lo más pertinente es preguntarse qué quiere decir, como cuestión de derecho, que es una preocupación común de la humanidad. ¿Qué significa la palabra «común» en ese contexto y qué consecuencias jurídicas, en su caso, se derivan de su uso?

12. Si bien la expresión «*common concern of humankind*» apareció en 1992 en los párrafos del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y del Convenio sobre la Diversidad Biológica, resulta significativo que no se haya incluido en el Protocolo de Montreal, que ha alcanzado la participación universal y es reconocido como uno de los acuerdos ambientales multilaterales más eficaces jamás aprobados. Aunque la expresión volvió a surgir en el proyecto de artículo 2 de la Declaración de Principios Jurídicos relativos al Cambio Climático formulada en 2014 por la Asociación de Derecho Internacional, en el comentario de ese proyecto de artículo se asimila el concepto de «preocupación común» al de «responsabilidad común».

13. En su segundo informe, el Relator Especial invoca una serie de disposiciones convencionales que, a su juicio, contienen un lenguaje equivalente a la expresión «preocupación común de la humanidad», y observa al mismo tiempo que aún puede considerarse que se trata, en parte, de un concepto en desarrollo. Llega a la conclusión de que el concepto sin duda puede servir de complemento para la creación de dos obligaciones generales de los Estados, a saber, la de proteger la atmósfera y la de cooperar para la protección de la atmósfera. Si constituye otra manifestación de la responsabilidad de proteger, no resulta muy útil en el contexto actual. En última instancia, ni el Relator Especial ni los miembros de la Comisión conocen las implicaciones jurídicas de la expresión, por lo que no deben recurrir a ella.

14. El texto del proyecto de directriz 4 parece inspirado en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que no debe leerse aisladamente, aunque eso es lo que propone el Relator Especial. Además, en el debate de la Sexta Comisión se ha afirmado que no puede darse a la atmósfera el mismo trato jurídico que a la alta mar, cuya esencia y naturaleza son distintas. El orador no comprende cómo la afirmación de que «[l]os Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera» puede considerarse una directriz, y no como la imposición de nuevas obligaciones de amplio alcance. Una declaración tan contundente como esa o bien prácticamente carecería de sentido o sería demasiado prometedora.

15. Los títulos de algunos de los proyectos de directriz que forman parte del futuro plan de trabajo son incompatibles con el entendimiento de la Comisión de 2013. Aunque en este se afirma que la labor de la Comisión no se ocupará de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, en el plan de trabajo se pide a la Comisión que

[37] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

[38] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 147, nota 790.

examine la cuestión de las «circunstancias especiales y la vulnerabilidad». En el plan de trabajo se piden directrices sobre «cumplimiento y aplicación» y «solución de controversias», que son cuestiones técnicas muy específicas, y, de hecho, el Protocolo de Montreal, el Protocolo de Kyoto y la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, entre otros, ya cuentan con distintos regímenes de cumplimiento y aplicación, cada uno de ellos adaptado a las necesidades específicas del instrumento de que se trate.

16. En conclusión, el orador no es partidario de enviar todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción. En particular el examen de los proyectos de directriz 3 y 4 puede ser prematuro, ya que plantean cuestiones de principio fundamentales sobre las que no hay consenso. El Relator Especial y los miembros de la Comisión deben estudiar cuidadosamente las observaciones formuladas en el debate y decidir luego cómo proceder.

17. El Sr. HASSOUNA dice que la Comisión debe seguir avanzando en su examen del tema actual en consonancia con el entendimiento de 2013. Debe adoptar un enfoque positivo y equilibrado que determine los principios jurídicos vigentes aplicables a la protección de la atmósfera pero evite los debates normativos relativos a negociaciones políticas sobre cuestiones ambientales.

18. Felicita al Relator Especial por el conjunto revisado de proyectos de directriz contenido en el segundo informe, que tiene en cuenta todas las sugerencias formuladas por los miembros durante el examen del primer informe[39]. En general, está de acuerdo con la proposición de que unas directrices generales pueden incorporar principios jurídicos. En lo que respecta al proyecto de directriz 1, suscribe la opinión del Relator Especial de que es una cuestión de necesidad práctica contar con una definición de trabajo del concepto de atmósfera. Acoge con satisfacción la supresión de las referencias específicas a la troposfera y la estratosfera incluidas en el proyecto de directriz inicial y prefiere el término «envoltura» a «capa», que es demasiado restrictivo. Sin embargo, la definición de atmósfera debe aclarar que en esa envoltura se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes y no degradantes. Es preciso explicar la referencia a la energía en la definición de contaminación atmosférica; la definición de «degradación de la atmósfera» es tan amplia que parece requerir una definición distinta para los diversos elementos que abarca.

19. En relación con el proyecto de directriz 2, el Relator Especial ha asegurado a la Comisión que el ámbito de aplicación del proyecto de directrices se limitará a los daños atmosféricos transfronterizos y no abarcará la contaminación nacional y local. Sin embargo, el requisito del apartado *a* de que las actividades humanas a que se hace referencia en los proyectos de directriz deben tener efectos adversos «significativos» para la vida y la salud humanas es cuestionable. Dado que la atmósfera es un recurso limitado, y su protección es una preocupación común de la humanidad, el requisito de que cualquier efecto adverso para el medio ambiente debe ser significativo es demasiado restrictivo. Además, es probable que la determinación del «carácter significativo» de esos efectos se cuestione o sea objeto de controversia. Asimismo, la expresión «principios básicos» requiere una explicación adicional sobre los criterios para describir un determinado principio como «básico».

20. En el 66º período de sesiones, el orador destacó la necesidad de incluir en el proyecto de directriz 3 una referencia a las consecuencias jurídicas de la afirmación de que la protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad, y el Relator Especial ha tratado de responder a esa preocupación. Si bien la referencia a la «preocupación común de la humanidad» tiene cierta autoridad, puesto que se utiliza en los preámbulos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y del Convenio sobre la Diversidad Biológica, no parece haber suficiente práctica de los Estados para que forme parte del derecho internacional consuetudinario. No obstante, habida cuenta de que la expresión es pertinente para el tema, el orador sugiere que figure en alguna parte del texto, posiblemente en un preámbulo.

21. Con respecto al proyecto de directriz 4, es difícil considerar la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera como una obligación *erga omnes* para con la comunidad internacional en su conjunto. Si el objetivo del texto es llevar a los Estados a cooperar en aras de la protección de la atmósfera, ello debe quedar claramente reflejado en el proyecto de directriz. En cuanto al proyecto de directriz 5, el orador dice que el intercambio de conocimientos científicos previsto en el apartado *b* no debe estar sujeto a normas menos estrictas que la cooperación internacional a fin de proteger la atmósfera a que se hace referencia en el apartado *a*.

22. El orador considera que el plan de trabajo a largo plazo del Relator Especial para el tema es excesivamente ambicioso. En él se propone el estudio de otras cuestiones que, si bien son pertinentes para el tema, ampliarán considerablemente su alcance. Se señala que se abordará el principio de precaución, lo que no se ajusta a lo dispuesto en el entendimiento de la Comisión de 2013. Tal vez sea necesario revisar la fecha de 2020 propuesta para la conclusión del tema a la luz de los avances científicos y técnicos que puedan incidir en determinados aspectos del estudio.

23. Para concluir, el orador recomienda el envío de todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

24. El Sr. KITTICHAISAREE dice que los proyectos de directriz 4 y 5 se refieren a la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y a la obligación de cooperación internacional, respectivamente. No obstante, no está claro si se trata de obligaciones de conducta o de resultado. La Corte Internacional de Justicia estableció una distinción entre las obligaciones de conducta y las obligaciones de resultado en su opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* y 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)*. En esta última causa, la Corte sostuvo que la obligación de prevenir el genocidio es una

[39] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667.

obligación de comportamiento y no de resultado. La distinción es importante, ya que también afecta a la norma de actuación exigida a los Estados en relación con la protección de la atmósfera. Por ejemplo, en lo que respecta a la obligación general enunciada en el proyecto de directriz 4, ¿basta con que los Estados establezcan un marco nacional para el control de la contaminación, o deben velar también por que no se produzca ninguna degradación de la atmósfera?

25. En el párrafo 55 del informe, el Relator Especial hace alusión a la debida diligencia como origen del principio de prevención. ¿Significa eso que todos los proyectos de directriz tienen únicamente por objeto establecer normas de diligencia debida para los Estados respecto de la protección de la atmósfera?

26. El orador acoge con satisfacción que el Relator Especial haya revisado los tres proyectos de directriz iniciales aclarando su contenido y estructura, y que haya tomado en consideración la sugerencia de no limitar la definición del término «atmósfera» a la troposfera y la estratosfera.

27. El proyecto de directriz 3 se ha incluido en una nueva parte que se ocupa de uno de los principales objetivos del proyecto: utilizar la jurisprudencia existente para determinar los principios básicos relativos a la protección de la atmósfera. El proyecto de directriz 2 *b* aclara el ámbito de aplicación de las directrices, que abarca los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como su interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional. No obstante, no está claro si esos principios son los mismos que «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» mencionados en el párrafo 1 *c* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

28. En el párrafo 89 del primer informe, el Relator Especial afirmó que el concepto de preocupación común a no dudarlo llevaría a la formulación de obligaciones jurídicas sustantivas de todos los Estados de proteger la atmósfera mundial en calidad de obligaciones exigibles *erga omnes*.

29. Como el propio orador señaló durante el 66º período de sesiones, no está seguro de que exista un vínculo claro entre el concepto de preocupación común y las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional. En su fallo de 1970 en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia solo mencionó las obligaciones *erga omnes* en observaciones incidentales y, en cualquier caso, la causa no guardaba relación con la protección del medio ambiente. El orador cree que la cuestión de la preocupación común y las obligaciones *erga omnes* no se ha resuelto en derecho internacional y se pregunta si existe en el derecho positivo alguna obligación sustantiva de proteger la atmósfera.

30. No está de acuerdo con la afirmación que figura en el párrafo 29 del segundo informe de que el concepto del patrimonio común de la humanidad no ha conseguido ganar impulso, más allá del éxito bastante limitado del régimen de los fondos marinos previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Según la definición que figura en la parte XI de la Convención, el patrimonio común de la humanidad se materializará plenamente cuando las condiciones del mercado permitan la extracción de recursos de los fondos marinos. Además, se está utilizando ese concepto en relación con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional.

31. El proyecto de directriz 4 impone a los Estados la obligación sustantiva de proteger la atmósfera, que, según el Relator Especial, es una obligación *erga omnes* en virtud del artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. En opinión del orador, la obligación citada es *erga omnes partes*, similar a la obligación de juzgar o extraditar a los autores del delito de tortura establecida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como explicó la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 2012 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*. Cabe señalar que, en su opinión consultiva en la causa núm. 21, de 2 de abril de 2015, relativa a la *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesquerías*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar simplemente señaló que el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es una obligación general vinculante para los Estados partes en esa Convención y es aplicable a las zonas marítimas bajo la jurisdicción de las partes en la causa núm. 21. En el párrafo 47 de su segundo informe, el Relator Especial parece haber reconocido implícitamente el carácter *erga omnes partes* de esas obligaciones, si bien lo limita a la legitimación para presentar una reclamación ante los tribunales y cortes internacionales.

32. El análisis del Relator Especial del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, al igual que su análisis de las obligaciones *erga omnes*, se basa en gran medida en opiniones disidentes de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como en textos no vinculantes. Aún no está claro cuál es la relación entre la obligación general enunciada en el proyecto de directriz 4 y el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* que rige la contaminación atmosférica transfronteriza. ¿Tal vez se trata, como ha sugerido el Sr. Nolte, de contabilizar doblemente la obligación?

33. Con respecto al proyecto de directriz 5, el orador valora positivamente la explicación detallada del Relator Especial con respecto al fundamento del principio de cooperación internacional. Si bien no tiene nada que objetar al principio de buena fe, destaca la importancia de establecer el alcance y el contenido de la obligación de cooperar de los Estados antes de exigir que cooperen de buena fe. Una vez más, se trata de determinar si es una obligación de conducta o de resultado.

34. En el segundo informe se da una idea más clara de la manera en que el Relator Especial propone abordar su muy complejo tema. Si bien todos los proyectos de directriz requieren un mayor desarrollo, el orador recomienda su remisión al Comité de Redacción si existe un consenso general al respecto en la Comisión.

35. El Sr. ŠTURMA dice que el segundo informe está bien estructurado y documentado con abundantes tratados, instrumentos jurídicos no vinculantes y jurisprudencia. No obstante, tiene algunas dudas sobre el contenido del segundo informe y el plan de trabajo a largo plazo. El entendimiento de 2013 hizo posible iniciar la labor sobre el tema y el orador coincide con otros miembros en que debe ser respetado. Aunque el entendimiento admite diferentes interpretaciones, la Comisión no debe perder el tiempo debatiendo sobre la conveniencia de una interpretación estricta o flexible. Lo importante es que debe interpretarse de buena fe, y el Relator Especial ha hecho todo lo posible para lograrlo. No obstante, en algunos aspectos, parece que el informe no refleja plenamente ese esfuerzo y no se atiene a lo dispuesto en el entendimiento. Si así fuera realmente, la Comisión debe ayudar al Relator Especial a encontrar mejores soluciones.

36. El orador está de acuerdo con el Sr. Nolte en que el acuerdo alcanzado sobre la forma del resultado de los trabajos, es decir, proyectos de directriz, no es incompatible con la inclusión de algunos principios básicos o generales. La cuestión es qué tipo de principios deben incluirse. Es importante distinguir cuidadosamente entre los principios de derecho ambiental internacional *de lege lata*, que están bien establecidos en muchos tratados multilaterales y en el derecho internacional general, y otros principios, que constituyen *lex ferenda* o principios emergentes. Por ejemplo, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* puede incluirse entre los principios *de lege lata*, pero necesita algunas aclaraciones, ya que incluye aspectos tanto de soberanía como de responsabilidad. Los principios de cooperación, prevención y diligencia debida también son principios *de lege lata*.

37. Por otra parte, la naturaleza del principio de precaución dista de ser clara y plantea algunos interrogantes en derecho internacional. En el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la Causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)* se pide que se enfoque el principio con cautela, aunque ello no impide hablar de un principio emergente. No obstante, de conformidad con el entendimiento de 2013, el principio de precaución y el concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas no deben abordarse en relación con el presente tema.

38. Por lo que respecta al proyecto de directriz 1, el orador dice que no es necesario que la Comisión defina la atmósfera, ya que no es un concepto jurídico. Al igual que el Sr. Murphy, cuestiona la necesidad de mencionar la energía en el apartado *b*. Como el Sr. Nolte, tampoco está seguro de que deba incluirse un concepto tan amplio como el del cambio climático en la definición de «degradación de la atmósfera». Si bien está a favor del proyecto de directriz 2 *b*, la referencia en el apartado *a* a la introducción de sustancias nocivas o energía es difícilmente compatible con el entendimiento de 2013.

39. El proyecto de directriz 3 es el más problemático de todos. Aunque dispone que la atmósfera es esencial para la vida en la Tierra, lo que sin duda es cierto, también introduce el concepto de preocupación común de la humanidad, que no tiene ningún contenido normativo específico. A diferencia del concepto de patrimonio común de la humanidad, que se aplica a los regímenes jurídicos internacionales, la protección de la atmósfera tiene lugar en el territorio y bajo la jurisdicción de los Estados. Además, el concepto de preocupación común de la humanidad no es un principio *de lege lata*, sino una idea general subyacente que sirve para interpretar otros principios con un contenido normativo. Por consiguiente, el proyecto de directriz debe convertirse en un preámbulo, siguiendo el enfoque adoptado en varias convenciones multilaterales.

40. El proyecto de directriz 4 puede tener enormes consecuencias. La referencia a una obligación incondicional *erga omnes* de proteger la atmósfera parece ir demasiado lejos, ya que puede significar cosas distintas en relación con las diferentes actividades que pueden tener efectos adversos en diversas partes de la atmósfera. Por otra parte, el orador apoya plenamente la inclusión de la obligación de cooperar que figura en el proyecto de directriz 5.

41. El orador recomienda que se remitan los proyectos de directriz 1 *b* y *c*, 2, 4 y 5 al Comité de Redacción para su análisis más detallado.

42. El Sr. HMOUD dice que la tarea de la Comisión es identificar el derecho sobre la protección de la atmósfera. Al igual que ha hecho en el pasado con el tema de las reservas a los tratados, luego podrá formular un conjunto de directrices que tendrán valor jurídico autorizado y serán de utilidad para organizaciones y profesionales. Los principios que se abordan en el segundo informe del Relator Especial se ajustan a lo dispuesto en el entendimiento alcanzado en 2013, aunque hay cuestiones excluidas por el entendimiento, como el principio de precaución y las responsabilidades comunes pero diferenciadas, que no deben tratarse, como tampoco el cumplimiento ni la solución de controversias, que están relacionados esencialmente con la redacción de tratados.

43. La definición de atmósfera puede ser útil para determinar la aplicabilidad de los principios contenidos en las directrices, pero no es absolutamente necesaria. No es preciso definir el aspecto funcional de la atmósfera como medio para transportar y dispersar sustancias degradantes, ya que se refiere más al proceso de degradación de la atmósfera que a la degradación en sí misma. La definición de contaminación atmosférica debe ser suficientemente amplia para abarcar la introducción por todas las actividades humanas de sustancias y energía que tengan efectos nocivos. La referencia que se hace en el proyecto de directriz 2 a la introducción de sustancias nocivas no se ajusta a la definición de contaminación atmosférica, ya que esta se refiere esencialmente al efecto, con independencia de que la actividad o la propia sustancia sean nocivas. La existencia de *lex specialis* sobre el uso de la energía restringirá la aplicación de los principios recogidos en el proyecto de directrices y, por tanto, limitará sus efectos.

44. A fin de identificar las obligaciones específicas relativas a la protección, es esencial determinar el alcance de las actividades o condiciones que abarca el tema —la contaminación atmosférica, el agotamiento del ozono y el cambio climático—, que el Relator Especial ha decidido subsumir en los términos «degradación de la atmósfera».

Como los contenidos de los proyectos de directriz 1 y 2 se superponen pero también son incompatibles, el Comité de Redacción tendrá que ocuparse de esas discrepancias. Previamente, sin embargo, la Comisión ha de decidir si las alteraciones de las condiciones atmosféricas distintas del agotamiento del ozono o el cambio climático deben incluirse en el alcance del tema. El proyecto de directriz 2 hace referencia a alteraciones de la composición de la atmósfera y el proyecto de directriz 1 habla de alteraciones de las condiciones atmosféricas. Del mismo modo, si bien el proyecto de directriz 2 *a* hace referencia a actividades humanas que «probablemente» puedan tener efectos nocivos significativos, el proyecto de directriz 1 *b* menciona actividades que sí tienen efectos nocivos. Es necesario abordar ambas discrepancias. Es conveniente limitar el ámbito de aplicación del proyecto de directriz a los efectos de naturaleza significativamente adversa, pero el proyecto de directriz 2 no especifica que esos efectos nocivos tengan que ser transfronterizos, aunque ese elemento sea esencial para que la protección sea multilateral.

45. No hay fundamento en el derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario o la jurisprudencia que permita afirmar que la protección o la degradación de la atmósfera sean una preocupación común de la humanidad. El segundo informe no apoya la proposición de que se trata de una noción que entra en el ámbito del desarrollo progresivo. Si de lo que se trata es de crear ciertas obligaciones jurídicas, incluido el deber de cooperar, ello puede lograrse estableciendo simplemente las obligaciones relacionadas con la protección. La preocupación común es un concepto, no un principio jurídico, pero puede tener diversas consecuencias jurídicas que la comunidad internacional no está dispuesta a aceptar. A pesar de las garantías dadas por el Relator Especial de que el concepto no tiene ninguna repercusión jurídica procedimental, su insistencia en crear una relación con obligaciones *erga omnes* y su previsión de un proyecto de directriz 17 sobre cumplimiento y aplicación ponen claramente de manifiesto que esa es su intención. Las referencias del informe a una respuesta colectiva van más allá de las nociones de cooperación y colaboración y crean incertidumbre sobre quién tiene derecho a recibir protección y quién puede adoptar medidas a ese respecto. En cuanto al proyecto de directriz 3, no parece haber necesidad de una nueva descripción de la atmósfera, ya que no tiene ninguna finalidad jurídica.

46. Hay razones suficientes para introducir un deber general de proteger la atmósfera como desarrollo del derecho internacional, en particular los fallos de la Corte Internacional de Justicia sobre protección del medio ambiente y el principio de derecho ambiental consuetudinario *sic utere tuo ut alienum non laedas*. No obstante, es importante determinar el contenido y el alcance de cualquier otro aspecto de la obligación general que trascienda del principio *sic utere tuo*. No hay pruebas en el derecho internacional consuetudinario, los tratados ambientales o la jurisprudencia que sugieran que la protección del medio ambiente es una obligación *erga omnes*, y no es posible crear esa obligación con el desarrollo progresivo.

47. El deber de cooperar no es un deber autónomo en el derecho internacional; es un deber consuetudinario en algunos ámbitos y convencional en otros. Su contenido varía según el ámbito. Por tanto, es esencial establecer bases sólidas para determinar el contenido de ese deber a los efectos de la protección de la atmósfera. Puede deducirse de los instrumentos relativos a la protección del medio ambiente, la contaminación atmosférica, el agotamiento del ozono y el cambio climático que esa cooperación consta básicamente de tres elementos: el intercambio de información, de datos científicos y técnicos y de los resultados de las investigaciones; la buena fe; y la observancia del principio de soberanía.

48. Los proyectos de directriz 1, 2, 4 y 5 deben remitirse al Comité de Redacción.

49. El Sr. KAMTO dice que la posición de la Comisión no debe interpretarse como una licencia para dañar la atmósfera ni como una indicación de que la protección de la atmósfera no reviste ningún interés. Debe quedar claro que, aun cuando el derecho internacional no ofrezca una base para formular una norma de derecho positivo o una norma que se materialice en una norma de derecho consuetudinario, e incluso si las actuales tendencias jurídicas no permiten ningún desarrollo progresivo, los Estados pueden y deben aprobar leyes para proteger la atmósfera.

50. El Sr. PETRIČ dice que, si bien el tema que se examina es de particular importancia para los Estados que se sienten amenazados por las consecuencias del cambio climático, otros Estados tienen serias reservas debido a la complejidad del tema. Por ello, la Comisión debe proceder con cautela y abordar el tema cuidadosamente. También es preciso respetar el entendimiento alcanzado en 2013.

51. En la etapa actual de su labor, la Comisión necesita definiciones de trabajo de atmósfera, contaminación atmosférica y degradación de la atmósfera que coincidan con las definiciones científicas de esos conceptos. Las definiciones propuestas en el segundo informe no son definiciones jurídicas. El orador comparte las reservas de otros miembros de la Comisión sobre las referencias a la introducción de energía en la atmósfera y la utilización de la energía nuclear. La definición de degradación de la atmósfera no se basa en ninguna práctica pertinente de los Estados pero, aun así, el proyecto de directriz 1 debe remitirse al Comité de Redacción, al igual que el proyecto de directriz 2, pese a que la relación de las directrices propuestas con los principios básicos relativos a la protección de la atmósfera y con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional no está clara. ¿Cuál es el valor jurídico de las directrices? ¿Son pertinentes los principios políticos y morales, o solo tienen pertinencia los principios jurídicos dimanantes del derecho internacional? Los principios enunciados en el párrafo 25 del informe son sin duda pertinentes, pero es preciso explicar su relación funcional con el tema. Si bien es indudable que los Estados tienen una obligación de proteger la atmósfera, como se afirma en el proyecto de directriz 4, es necesario aclarar el alcance de esa obligación y los deberes específicos que entraña. La obligación de cooperar está bien establecida en el derecho internacional *de lege lata*, pero es preciso aclarar cómo se aplica en la práctica a la protección de la atmósfera. La afirmación en el proyecto de directriz 5 *b* de que se alienta a los Estados a que cooperen para seguir aumentando los conocimientos científicos y que la cooperación podría comprender el intercambio de información y la vigilancia

conjunta es inadecuada en su contenido y, desde el punto de vista jurídico, diluye la obligación de cooperar.

52. Con respecto al proyecto de directriz 3, el orador sigue sin estar convencido de que el concepto de «preocupación común de la humanidad» sea un principio jurídico bien establecido en la práctica de los Estados. Si bien la degradación de las condiciones atmosféricas es sin duda motivo de preocupación para todos los Estados, no está claro qué obligaciones jurídicas se derivan del principio de la preocupación común de la humanidad ni en quiénes podrían recaer esas obligaciones. ¿Qué se entiende, en un sentido jurídico, por «preocupación común de la humanidad»? El orador coincide con el Sr. Nolte en que tal vez sea preferible expresar esa preocupación general en un preámbulo de los proyectos de directriz.

53. En cuanto al futuro plan de trabajo recogido en el párrafo 79 del informe, el orador dice que debe establecerse una relación directa y funcional entre los principios en que se basa —prevención, diligencia debida y precaución— y la protección de la atmósfera. También se debe estudiar la inclusión de los principios de solidaridad y soberanía. Si bien está de acuerdo en que los Estados no tienen ningún derecho sobre el aire en movimiento, es decir, la atmósfera, en su espacio aéreo soberano, existe una relación especial entre el principio de soberanía y la protección de la atmósfera que no debe obviarse en el proyecto actual. De hecho, se puede establecer un paralelismo entre el aire en movimiento en el espacio aéreo de un Estado y las aguas en movimiento en las aguas territoriales soberanas de un Estado ribereño.

54. En conclusión, el orador apoya la remisión de los proyectos de directriz 1 y 2 al Comité de Redacción. La remisión del proyecto de directriz 3 debe aplazarse hasta que la Comisión haya estudiado un preámbulo para las directrices. En cuanto a los proyectos de directriz 4 y 5, es preciso seguir trabajando para resolver los problemas pendientes antes de remitirlos al Comité de Redacción. Por último, y a fin de evitar cualquier malentendido, el orador desea expresar que sigue apoyando el proyecto, que es uno de los más difíciles que la Comisión ha tenido nunca ante sí. La Comisión debe proceder a examinar el tema de una manera tolerante y reflexiva.

55. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO elogia al Relator Especial por la manera clara y completa en que ha abordado un tema muy técnico. Cabe citar como ejemplo los conceptos y definiciones contenidos en los proyectos de directriz 1 y 2, que tal vez no sea posible ultimar tomando únicamente como base la ciencia jurídica; de ahí la utilidad de consultar a expertos científicos.

56. Con respecto al proyecto de directriz 3, a su juicio la expresión «patrimonio común» es la más apropiada, como se argumentó ampliamente en el período de sesiones anterior. Con todo, el Relator Especial ha decidido mantener el concepto de «preocupación común», pero sus argumentos para justificar su decisión no parecen ser mucho más sólidos que los que adujo para rechazar el concepto de «patrimonio común de la humanidad». El orador agradecería que se explicara por qué, en el párrafo 26 del informe, el Relator Especial afirma que «la protección de la atmósfera» es una preocupación común de la humanidad, mientras que en el proyecto de directriz 3 la terminología cambia a «la degradación de las condiciones atmosféricas». La directriz debe redactarse en términos más positivos, haciendo hincapié en el aspecto de protección y no en la degradación.

57. Si bien ambos proyectos de directriz 3 y 4 tratan de la protección de la atmósfera, difieren sustancialmente en su naturaleza: mientras que en el primero se afirma un principio general, en el segundo se establece una obligación general. Por consiguiente, la última parte del proyecto de directriz 3 debe modificarse para que diga: «Por lo tanto, la protección de las condiciones atmosféricas» —o «la protección de la atmósfera», si lo prefiere el Relator Especial— «es una preocupación común de la humanidad».

58. Los proyectos de directriz 4 y 5 imponen dos importantes obligaciones a los Estados: la obligación general de proteger la atmósfera y la obligación general de cooperar. Como el Relator Especial señaló acertadamente en su informe, la primera de esas obligaciones está bien aceptada en el contexto institucional de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En cuanto a la obligación de cooperar, la Comisión está familiarizada con el concepto por otros instrumentos jurídicos que ha elaborado, como los relativos a los recursos naturales compartidos y a la protección de las personas en casos de desastre.

59. En conclusión, el orador desea sumarse a otros miembros que han recomendado que todo el conjunto de cinco proyectos de directriz se remita al Comité de Redacción.

60. El Sr. PETER elogia al Relator Especial por su segundo informe, que está bien fundamentado y cuidadosamente equilibrado para reflejar la diversidad de opiniones de los miembros de la Comisión. También desea expresar su firme apoyo a la equilibrada y bien argumentada declaración formulada por el Sr. Nolte en la sesión anterior.

61. Es inquietante constatar que el llamado «entendimiento de 2013», que el orador considera que ha pasado a la historia, sigue siendo objeto de debate entre los miembros de la Comisión cuando podría aprovecharse mejor el tiempo dedicándolo a otros aspectos fundamentales del tema. Parece que el entendimiento colgará eternamente sobre la cabeza del Relator Especial, y sobre toda la Comisión, como una espada de Damocles. Para algunos miembros de la Comisión, el respeto del entendimiento parece ser más importante que la formulación de opiniones bien argumentadas. Es casi como si este se hubiera concebido deliberadamente para complicar la labor sobre el tema. Resulta aún más preocupante que algunas delegaciones en la Sexta Comisión hayan comenzado a utilizar el entendimiento como criterio para medir la labor de la Comisión: si bien algunas delegaciones señalaron acertadamente que estaba limitando al Relator Especial, otras lo instaron a atenerse estrictamente a la letra y el espíritu del entendimiento. No obstante, ninguna de las delegaciones en la Sexta Comisión cuestionó nunca la importancia del tema ni la necesidad de un marco jurídico sólido para proteger el medio ambiente. Esto de por sí demuestra que la Comisión va por buen camino.

62. En relación con el proyecto de directriz 3, al principio el orador se pronunció en contra del concepto de preocupación común de la humanidad y a favor del principio de patrimonio común de la humanidad. No obstante, en su segundo informe el Relator Especial expuso argumentos muy convincentes para adoptar el principio de preocupación común de la humanidad, en particular al afirmar que el concepto no establece obligaciones sustantivas específicas para los Estados, sino que sirve como complemento para la creación de dos obligaciones generales de los Estados, a saber, la de proteger la atmósfera y la de cooperar para su protección. Si bien el orador, por su parte, habría preferido un régimen jurídico más estricto, puede aceptar la propuesta del Relator Especial, que probablemente recibirá un apoyo más general.

63. En los párrafos 42 a 51 del segundo informe, el Relator Especial aborda la cuestión de si el deber de proteger la atmósfera es una obligación *erga omnes*. En consonancia con el *obiter dictum* del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Barcelona Traction*, se desprende que, una vez que se ha determinado que la atmósfera es un ámbito de interés común de la humanidad, todos los Estados tienen la obligación de protegerla (párr. 33 del fallo). Además, la naturaleza misma de la atmósfera, que está en constante movimiento alrededor de la Tierra, respalda la existencia de esa obligación.

64. En cuanto a los otros proyectos de directriz, el orador considera que no se prestan a controversia y no merecen las críticas de las que han sido objeto. Es importante que el tema se aborde en su totalidad y que cada elemento se considere en relación con todos los demás y como complemento de estos. Desde esa perspectiva, resulta difícil comprender qué objeción puede haber, por ejemplo, al proyecto de directriz 5, relativo a la cooperación internacional, que simplemente exige a los Estados que cooperen de buena fe entre sí y con las organizaciones internacionales competentes.

65. Para concluir, el orador alienta al Relator Especial a mantener el alto nivel de erudición y el mismo espíritu de compromiso que ha demostrado hasta el momento. En cuanto a los cinco proyectos de directriz propuestos, considera que son razonables y recomienda que se remitan al Comité de Redacción.

66. El Sr. HUANG manifiesta su decepción por la distinción que el Sr. Peter parece hacer entre los miembros de la Comisión en función de su apoyo o no al entendimiento de 2013.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3248ª SESIÓN

Viernes 8 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Provisión de vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (A/CN.4/684 y Add.1)

[Tema 2 del programa]

1. El PRESIDENTE afirma que la Comisión procederá a una elección para cubrir la vacante producida a raíz de la renuncia del Sr. Kirill Gevorgian. Como es habitual, esta elección tendrá lugar en sesión privada.

Se suspende la sesión a las 10.10 horas y se reanuda a las 10.20 horas.

2. El PRESIDENTE anuncia que el Sr. Roman Anatolyevich Kolodkin ha sido elegido para cubrir la vacante producida a raíz de la renuncia del Sr. Kirill Gevorgian. En nombre de la Comisión, informará al miembro recién elegido y le invitará a tomar asiento entre los miembros de la Comisión.

Protección de la atmósfera (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. C, A/CN.4/681, A/CN.4/L.851)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

3. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir con el examen del segundo informe sobre la protección de la atmósfera (A/CN.4/681).

4. La Sra. JACOBSSON felicita al Relator Especial por el espíritu abierto con el que ha modificado el proyecto de directrices a la luz del debate mantenido en el período de sesiones precedente. En relación con el proyecto de directriz 1, si bien considera que merece la pena analizar los conceptos de «contaminación atmosférica» y «degradación de la atmósfera», aun cuando posteriormente se decida que no hay que incluir la definición en el proyecto de directrices, estima que definir la atmósfera constituye un ejercicio demasiado difícil. Además, al calificar la atmósfera de recurso natural, el proyecto de directriz 3 aporta un elemento adicional que puede crear confusión.

5. El apartado *a* del proyecto de directriz 2, que guarda una estrecha relación con las definiciones propuestas, podría ser más útil si las precediera. Por otra parte, en el apartado *b* del mismo proyecto de directriz, el uso del término «principios» no es en sí discutible, puesto que hablar de «principios» entra en el mandato de la Comisión; no obstante, se debe precisar si se trata de principios generales de derecho en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de principios de derecho internacional o de normas jurídicas, como en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades

peligrosas[40]. En cualquier caso, esos principios han de tener al menos cierto carácter jurídico.

6. En el proyecto de directriz 3, no ve problema en la afirmación de que la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad, siempre que se considere una declaración general desprovista de consecuencias jurídicas. No obstante, existe el riesgo de que la asociación de los términos «preocupación común» y «humanidad» en el cuerpo del proyecto pueda interpretarse en el sentido de que tiene consecuencias jurídicas. Habría que recordar que la única expresión que asocia los términos «común» y «humanidad» y parece tener consecuencias jurídicas, que difieren en función de si la referencia figura en el derecho del mar o en el derecho del espacio, es la de «patrimonio común de la humanidad». No obstante, desde la década de los ochenta, los intentos de otorgar dicha calificación a la Antártida han venido fracasando, ya que las partes en el Tratado Antártico temieron sus posibles consecuencias en los planos político y jurídico, en la medida en que el concepto de patrimonio común de la humanidad, como figura en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, parece haber dado lugar a un nuevo sujeto de derecho internacional, la humanidad, de estatus jurídico incierto. No obstante, ello no fue óbice para que las partes en el Tratado Antártico reconocieran en reiteradas ocasiones el interés de la humanidad en esa zona, tanto en el marco de las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico, como en la Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos de la Antártida, la Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, el Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico y la Declaración Ministerial de 2009 en conmemoración del quincuagésimo aniversario del Tratado[41]. Dicho de otro modo, no es la utilización del término «humanidad» ni las expresiones «interés» o «preocupación» de la humanidad las que planteen problemas de por sí, puesto que no conllevan necesariamente consecuencias jurídicas, sino las interpretaciones políticas o jurídicas poco rigurosas que a menudo se han hecho. Puede que la afirmación que figura en el proyecto de directriz 3 tuviera una mejor ubicación a modo de introducción al proyecto de directrices.

7. También se debería aclarar la redacción del proyecto de directriz 4. Si bien es cierto que el concepto de obligación *erga omnes* está claro desde la causa relativa a la *Barcelona Traction*, sus consecuencias en el plano procesal siguen siendo inciertas incluso en lo concerniente al artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o las obligaciones contraídas frente a la comunidad internacional en su conjunto de acuerdo con los términos de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[42]. Por último, en el proyecto de directriz 5, el Relator Especial hace hincapié acertadamente en la obligación de cooperar, cuya naturaleza y contenido convendría precisar.

8. Para concluir, la oradora suscribe, con la salvedad de los proyectos de directriz 12 y 18, el futuro programa de trabajo del Relator Especial, aun cuando parezca orientarse más hacia la elaboración de disposiciones convencionales que de directrices. Respalda que se remitan el proyecto de directriz 1, apartados *b* y *c*, y los proyectos de directriz 2, 4 y 5 al Comité de Redacción, si bien recuerda a los miembros de la Comisión la necesidad de respetar la decisión adoptada en 2013.

9. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ celebra el esfuerzo realizado por el Relator Especial para tener en cuenta las opiniones y preocupaciones expresadas por los miembros de la Comisión en el anterior período de sesiones y subraya el rigor y la claridad de su análisis, en particular con respecto a los principios enunciados en los capítulos II, III, IV y V de su segundo informe. No obstante, considera que deberá precisarse la orientación que el Relator Especial pretende dar a sus futuros trabajos, puesto que algunos temas previstos, como la solución de controversias, no son compatibles con la naturaleza y el objeto del proyecto de directrices. Además, podría resultar útil para el avance de los trabajos de la Comisión que se organizaran otras reuniones con científicos expertos. No es necesario volver a la cuestión de la conformidad del informe con los criterios convenidos en 2013, puesto que estos son por todos conocidos y fueron aprobados de manera colegiada por la Comisión[43]. La Comisión debe concentrarse en estos momentos en el contenido sustantivo del informe.

10. Si la finalidad es definir los principios de derecho internacional contemporáneo aplicables a la protección de la atmósfera con objeto de dar a los Estados orientaciones jurídicas que puedan tener en cuenta, si así lo desean, en el marco de negociaciones que estén directa o indirectamente relacionadas con la atmósfera, la Comisión debe tener presente dos cosas: por una parte, que no se trata de proponer nuevos principios o nuevas normas y, por otra, que los principios en cuestión deben ser analizados específicamente desde el prisma de la protección de la atmósfera y no en abstracto. De ahí que las directrices deban estar formuladas de forma tal que no sea posible en ningún caso confundirlas con disposiciones normativas de las cuales se pudiera derivar una nueva obligación jurídica para los Estados. No obstante, algunas de las directrices propuestas no cumplen con esta condición, por lo que el Comité de Redacción tendrá que arreglar tal situación. Ahora bien, no se puede considerar que el contenido de los proyectos de directriz carezca de valor jurídico por su carácter no prescriptivo, puesto que, tal y como pone de manifiesto el Relator Especial en el párrafo 24 de su segundo informe, los principios

[40] Resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo. Véase el texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58º período de sesiones en *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y ss., párrs. 66 y 67.

[41] Reunión Consultiva del Tratado Antártico, *Informe Final de la Trigésima Segunda Reunión Consultiva del Tratado Antártico, Baltimore (Estados Unidos), 6 al 17de abril de 2009*, Secretaría del Tratado Antártico, Buenos Aires, 2009, primera parte, apéndice 1, Declaración Ministerial de Washington sobre el quincuagésimo aniversario del Tratado Antártico, págs. 173 y 174, aprobada el 6 de abril de 2009 en Washington D.C.

[42] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

[43] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

tienen cierto peso jurídico y pueden incluso dar pie a obligaciones. Precisamente por este motivo, tratándose de la protección de la atmósfera, el concepto de «preocupación común de la humanidad» no puede considerarse un principio en el sentido con el que se suele emplear este término en derecho internacional. Se trata más bien de un elemento fáctico del que se desprende un «interés común» para la preservación y la protección de la atmósfera y que legitima por ello el análisis de los principios vigentes del derecho internacional que pueden servir para proteger la atmósfera. Es fundamental aclarar los malentendidos importantes que parecen persistir en torno a esta cuestión.

11. El paralelismo casi automático que establece el Relator Especial entre los conceptos «protección del medio ambiente» y «protección de la atmósfera» lo lleva a extrapolar al segundo las normas, los principios, la práctica y la jurisprudencia internacionales propias del primero, mientras que, aun estando el medio ambiente y la atmósfera indudablemente vinculados, quizás haría falta más bien tener en consideración las características particulares de esta última para seleccionar únicamente lo que revista verdadero interés para su protección. En cuanto a la estructura del proyecto de directrices, compuesto de dos partes tituladas «Directrices generales» y «Principios básicos», respectivamente, sería más lógico, en la primera parte, ubicar el «ámbito de aplicación de las directrices» (proyecto de directriz 2) antes que los «términos empleados» (proyecto de directriz 1), así como trasladar el proyecto de directriz 3 de la segunda parte a la primera.

12. En relación con el proyecto de directriz 1, la oradora sigue dudando que sea necesario definir la «atmósfera», pero considera que la definición propuesta en el apartado *a* podría ser un punto de partida útil. La distinción entre «contaminación atmosférica» y «degradación de la atmósfera» le parece suficientemente fundamentada y aprueba la referencia a la «energía» que figura en la definición de la contaminación atmosférica. En lo que al proyecto de directriz 2 se refiere, el título no se corresponde con el contenido, que versa más sobre la finalidad de las directrices que sobre su ámbito de aplicación. En la medida en que no se puede considerar un principio, la «preocupación común de la humanidad» que figura en el proyecto de directriz 3 no debería ser objeto de una nueva directriz, sino que podría mencionarse, sin perjuicio de los cambios necesarios en la redacción, en el proyecto de directriz 2 o en un preámbulo o nota general de introducción que se incorporaría al proyecto de directrices una vez que estuviera aprobado por la Comisión.

13. Por lo que respecta al proyecto de directriz 4, la afirmación categórica de la existencia de una obligación general independiente de proteger la atmósfera no está respaldada por el derecho internacional contemporáneo, y el examen de la práctica realizado por el Relator Especial no permite tampoco concluir que exista tal obligación, y mucho menos reconocerle carácter *erga omnes*. También sería preferible optar por una formulación más prudente como «los Estados deben esforzarse por proteger la atmósfera» o, si se quiere ser más prescriptivo, «los Estados deben adoptar medidas para proteger la atmósfera». En cualquier caso, este punto deberá ser debatido en mayor profundidad. En cuanto al proyecto de directriz 5, resultaría útil precisar los ámbitos en los que los Estados pueden cooperar y los medios que pueden aplicar a tal fin.

14. El Sr. VALENCIA-OSPINA afirma, en relación con las condiciones formuladas en 2013, que el Relator Especial debe ajustarse a ellas pero al mismo tiempo esforzarse por ir lo más lejos posible a fin de que la Comisión pueda realizar una contribución real al desarrollo del derecho internacional. Mientras que le parece que el segundo informe sigue en el marco prescrito, no sucede lo mismo con los principios de precaución y de equidad —en su dimensión intrageneracional consagrada por el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas— que figuran en el futuro programa de trabajo. Asimismo, el resultado de los trabajos de la Comisión debería adoptar la forma de un conjunto de directrices, y no de conclusiones; en este caso, la Comisión debe esforzarse por formular orientaciones y no imponer obligaciones jurídicas que sean redundantes con respecto a los regímenes convencionales vigentes o no estén previstas por estos, tal y como hace el proyecto de directriz 4. Las condiciones de 2013 no prohíben, no obstante, analizar obligaciones fundadas en el derecho internacional consuetudinario.

15. En lo que al proyecto de directriz 1 se refiere, la definición de la contaminación atmosférica propuesta podría, en su formulación actual, dar lugar a una interpretación restrictiva. Para que no parezca que se exige que las sustancias o la energía introducidas en la atmósfera efectivamente tengan efectos de esa índole, se deberían introducir las palabras «o puedan tener» antes de «efectos nocivos», inspirándose en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En la versión francesa, también se debería sustituir la conjunción «*et*» por «*ou*» en la última parte de la oración para no inducir a pensar que los efectos nocivos en cuestión deben incidir a la vez en la vida y la salud humanas y en el medio ambiente natural de la Tierra; se deberían incluir además los recursos biológicos entre los posibles receptores de la contaminación atmosférica. En tal caso, la definición sería la siguiente: «Se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción en la atmósfera por la actividad humana, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan o puedan tener efectos nocivos para la vida y la salud humanas, los recursos biológicos o el medio ambiente natural de la Tierra». Se podrían aplicar las mismas modificaciones a la definición de la degradación de la atmósfera, si se conserva, en cuyo caso sería mejor invertir el orden de ambas definiciones ya que la segunda tiene un alcance mayor. Si bien la alusión a la disminución de la capa de ozono y al cambio climático tal y como figura en el informe no parece, a primera vista, interferir en las negociaciones políticas, habrá que mostrarse cautos en la redacción de futuras directrices para no introducir indirectamente estos conceptos a través del de degradación de la atmósfera. Asimismo, según la Organización Meteorológica Mundial, el clima es, en sentido amplio, un sistema que abarca no solo la atmósfera, sino también la hidrosfera, la criosfera, la litosfera en la superficie y la biosfera: por tanto, resulta dudoso que el cambio climático pueda ser considerado en sí mismo como elemento derivado de la degradación de la atmósfera. Habida cuenta de que este cambio es fruto de

una concentración natural agravada de gases de efecto invernadero, quizás sería preferible hablar de concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera en un nivel tal que da lugar a interferencias de origen humano en el sistema climático.

16. Se podría suprimir el apartado *a* del proyecto de directriz 2, que retoma los elementos que figuran en las definiciones de la contaminación atmosférica y la degradación de la atmósfera sin definir realmente el ámbito de aplicación del proyecto. De no proceder así, se le podrían aplicar las modificaciones en la redacción propuestas anteriormente. El apartado *b* también se podría modificar ligeramente para que rezara así: «El presente proyecto de directrices versa sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación con las otras normas y principios pertinentes del derecho internacional».

17. El orador estima que debería modificarse el título de la segunda parte del proyecto, puesto que, por una parte, en derecho internacional no hay consenso en torno a la consideración como principio jurídico del concepto «preocupación común de la humanidad» como tal y, por otra, el contenido de los proyectos de directriz 4 y 5 es propio de normas, y no de principios, de carácter jurídico (según la distinción establecida por Ronald Dworkin[44]). Tampoco es conveniente la formulación más pasiva del proyecto de directriz 3, puesto que la protección de la atmósfera y la prevención de la contaminación atmosférica constituyen cuestiones apremiantes para la comunidad internacional en su conjunto. En efecto, la solución adoptada en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático tiene que ver sin duda con el hecho de que dicho instrumento se centra en un problema concreto, el cambio climático, mientras que el tema que aquí se examina versa sobre la protección de la atmósfera en un sentido más general. Asimismo, siempre que no se atribuya al concepto de preocupación común de la humanidad el valor de un principio jurídico, una formulación «voluntarista» («*proactive*») permitiría, por una parte, incluir también implícitamente el concepto de degradación de las condiciones atmosféricas y, por otra, se ajustaría en mayor medida al contenido de los otros proyectos de directriz, así como al reconocimiento de la atmósfera como recurso natural indispensable para la vida en la Tierra. Además, parece que hay una contradicción entre los párrafos 37 y 41 del informe: en el primero, se afirma que la falta de procedimientos para la *actio popularis* en derecho internacional se opone a que el concepto de preocupación común reciba una interpretación expansiva que proporcione a todos los Estados un interés jurídico, o legitimación, lo cual parece indicar que dicho concepto no puede dar lugar a obligaciones *erga omnes*, puesto que el concepto de preocupación común viene a completar una obligación general de proteger la atmósfera, a la que precisamente se califica de obligación *erga omnes* en el segundo párrafo. Ahora bien, la falta de una *actio popularis* no ha impedido que la Corte Internacional de Justicia y los internacionalistas hayan reconocido posibles obligaciones *erga omnes* en el plano del derecho sustantivo. De hecho, los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos consagraron la idea de un interés colectivo a la vez que reconocieron las condiciones y los límites de los recursos y las contramedidas a disposición de un Estado lesionado. Algunos representantes de la doctrina estimaron en este sentido que el concepto de interés común era idóneo para ampliar el espectro de obligaciones relativas a la protección del medio ambiente contraídas respecto de la comunidad internacional en su conjunto, si bien siguen rigiendo todas las limitaciones del derecho de la responsabilidad de los Estados, salvo que un tratado transforme la obligación *erga omnes* en obligación *erga omnes partes*. Por ello, se debería reestructurar el contenido del proyecto de directriz 3 incorporando su primera oración a la definición de la atmósfera que figura en el apartado *a* del proyecto de directriz 1 y modificando su segunda oración de modo que rezara así: «La protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad».

18. En cuanto al proyecto de directriz 5, en vista de la providencia dictada en la causa de la *Planta MOX*, en la cual el Tribunal Internacional del Derecho del Mar reconoció que la obligación de cooperar constituye un principio básico en materia de prevención de la contaminación del medio marino en virtud del derecho internacional general (párr. 82 de la providencia), está justificado considerar que el deber de cooperar es un principio básico en materia de prevención de la contaminación atmosférica, tal y como propone el Relator Especial. Asimismo, se deberían añadir, en el apartado *b*, otros ejemplos de formas de cooperación extraídos de la práctica convencional de los Estados en relación con la contaminación atmosférica o la protección de la atmósfera.

19. Por último, en lo que se refiere al futuro programa de trabajo, el orador propone modificar el título de la segunda parte del proyecto, que pasaría a ser «Conceptos y principios de derecho ambiental internacional aplicables a la protección de la atmósfera», lo cual, por una parte, encuentra justificación porque dichos principios y conceptos no son específicos de la protección de la atmósfera y, por otra, permitiría aclarar el uso del término «principios». Esta parte englobaría los conceptos de preocupación común, desarrollo sostenible —noción de estatus jurídico aún sin determinar que podría ser sustituida por la expresión «utilización sostenible», más consolidada como principio—, así como los principios de prevención, debida diligencia y evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo; este último principio está reconocido como obligación consuetudinaria por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* y por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en su primera opinión consultiva[45]. Un proyecto de directriz podría precisar también que los proyectos de directriz propuestos se entienden «sin perjuicio del principio de “quien contamina, paga”, del principio de precaución y del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas». Para concluir, la quinta parte del proyecto debería ocuparse no solo de las relaciones de los conceptos y los principios que persiguen proteger la atmósfera con los otros

[44] R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, París, Presses universitaires de France, 1995.

[45] *Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a actividades en la Zona*.

ámbitos aplicables del derecho internacional —sin limitarse necesariamente a los tres ámbitos mencionados—, sino también de las relaciones entre ellos. El orador no se opone a que se remitan los proyectos de directriz 1 a 3 y 5 al Comité de Redacción.

20. El Sr. McRAE espera que sus colegas disculpen la ignorancia que sus comentarios pueden revelar, al haberse ausentado dos años y, por tanto, no haber participado en los debates que llevaron a incluir el tema en el programa de trabajo de la Comisión ni en el examen del primer informe del Relator Especial[46]. A su juicio, carece de sentido el debate en torno a qué tipo de interpretación, flexible o restrictiva, debe hacerse de las condiciones planteadas en 2013. Estas condiciones deberían interpretarse de acuerdo con las normas ordinarias de interpretación. Así, la prohibición de interferir en las negociaciones políticas contemplada en la primera oración del apartado *a* de las condiciones de 2013 no tiene un alcance ilimitado, puesto que se circunscribe a las cuestiones que la Comisión no puede abordar, enumeradas en la segunda oración. Ello significa que estas cuestiones pueden ser mencionadas como tales en el informe o de manera incidental en los debates, pero no pueden ser objeto de conclusiones o directrices, exigencia a la que se ajusta perfectamente el segundo informe del Relator Especial.

21. En cuanto a la otra limitación importante impuesta a los trabajos de la Comisión, a saber, que deben tener como finalidad la elaboración de proyectos de directriz sin pretender completar los regímenes convencionales vigentes con nuevas normas o nuevos principios jurídicos, parece poco pertinente en la medida en que, con independencia de su contenido, las directrices sencillamente no pueden introducir nuevas normas o nuevos principios en los regímenes convencionales vigentes. En cambio, parecería problemático, aunque poco probable, que se reformularan en términos jurídicos diferentes las normas derivadas de regímenes convencionales vigentes alegando que se trata de la manera correcta de interpretarlas. El orador opina que, a los efectos de las directrices, la Comisión tiene libertad para elegir sus propias definiciones, estén o no consagradas por el derecho internacional consuetudinario, y poner de relieve, o no, normas de derecho internacional consuetudinario, principios jurídicos o la práctica deliberada de los Estados. Tal y como señaló el Sr. Hmoud, en sus directrices sobre las reservas a los tratados, la Comisión enunció tanto normas convencionales y consuetudinarias como disposiciones respecto a las cuales la práctica no estaba clara o suscitaba controversias, de modo que expresaba a la vez lo que se aceptaba como derecho y lo que derivaba del desarrollo progresivo. Asimismo, en vista de que la protección de la atmósfera es un ámbito en el que el derecho está aún relativamente poco desarrollado, la función de la Comisión consiste en explicar a qué podrían y deberían parecerse como mínimo algunos elementos de un futuro marco o régimen jurídico en la materia mediante la elaboración de directrices. La aceptación de estas directrices a largo plazo no dependerá de si la Comisión las ha definido correctamente a la luz del derecho internacional consuetudinario, sino de la medida en que los Estados las adopten, ya sea en su práctica o mediante tratados, con independencia de la forma (proyectos de directriz o proyectos de artículo) que adopte el resultado de los trabajos de la Comisión.

22. El orador pasa al proyecto de directriz 1 y afirma que resulta difícil pronunciarse de manera definitiva sobre las definiciones que en él se enuncian sin saber cómo se utilizarán y que, por consiguiente, sería prematuro aprobarlas en esta fase. En la definición de la «atmósfera», propone suprimir la frase «en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes», que no aporta nada y corre el riesgo de limitar el alcance de la definición, en contra de lo que se persigue. En la versión en inglés, la definición de «*air pollution*» como «*the introduction* […] *of substances or energy into the atmosphere* […]» se presta a confusiones, puesto que parece equiparar la atmósfera con el aire. Habida cuenta del tema que se examina, sería preferible hablar de «*atmospheric pollution*». Por último, en la definición de la «degradación de la atmósfera» no se entiende por qué el Relator Especial hace referencia expresa a la contaminación atmosférica, a la disminución de la capa de ozono y al cambio climático: no solo no son de naturaleza comparable estos fenómenos, sino que además su enumeración parece tanto menos pertinente que la fórmula general «alteración de las condiciones atmosféricas que tenga efectos adversos significativos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra», que los engloba todos. Se debería eliminar esa enumeración, a menos que el Relator Especial vea en ello una alteración de la definición, en cuyo caso será interesante conocer sus razones.

23. En cuanto al proyecto de directriz 2, al orador no le convence que las directrices «se refier[an] a las actividades humanas», tal y como se afirma en el apartado *a*, en vista de que los proyectos de directriz 4 y 5 se dirigen a los Estados. Podría reformularse la frase de modo que rezara así: «se refiere a la protección de la atmósfera, en particular contra las actividades humanas…». Debería suprimirse el apartado *b* porque, por una parte, en ningún lugar se afirma que las directrices versarán únicamente sobre los principios y, por otra, las relaciones entre las directrices y los otros ámbitos del derecho no se limitan necesariamente a los principios. En el comentario podría explicitarse la idea expresada en el apartado *b*. El orador no aprueba la propuesta de insertar en el proyecto de directriz 2 los términos de las condiciones acordadas en 2013, puesto que enunciar lo que no entra en el ámbito de aplicación de las directrices no contribuye en modo alguno a precisar aquello sobre lo que versan concretamente estas directrices.

24. En lo concerniente al proyecto de directriz 3 y la controversia suscitada por el uso de la expresión «preocupación común de la humanidad», el orador opina que, en un plano puramente descriptivo, no cabe ninguna duda de que la protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad y que, si las partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático pueden declarar que «los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad»[47], nadie puede rebatir que

[46] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667.

[47] Primer párrafo del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad. A diferencia del Sr. Murphy, el orador no considera que el hecho de que los Estados hayan utilizado la expresión en una sola convención sea suficiente para concluir que han rechazado este concepto y para impedir que la Comisión recurra a ella. Con todo, visto el temor que suscita la indeterminación del alcance normativo de dicho concepto, resulta importante precisar claramente su contenido si la Comisión decide finalmente utilizarlo. A este respecto, la propuesta de convertirlo en un elemento del preámbulo requiere ser examinada más adelante.

25. Por lo que al proyecto de directriz 4 respecta, declarar que los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera supone que haya en el derecho internacional consuetudinario elementos suficientemente claros que sustenten dicha obligación, con mayor razón si se quiere afirmar que se trata de una obligación *erga omnes*. El orador no comparte que se haya demostrado el carácter *erga omnes* de la obligación, según el cual conllevaría consecuencias jurídicas para todos los Estados, dado que en el estado actual del derecho no se puede atribuir ninguna consecuencia jurídica a las situaciones en las que los Estados no protegen la atmósfera, a pesar de que la práctica totalidad de los Estados contribuyen a la contaminación atmosférica. Con todo, ¿se puede declarar en un proyecto de directriz que existe la obligación de proteger la atmósfera sin darle el carácter de obligación *erga omnes*? El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* parece ir en esta dirección, si bien resulta difícil aplicarlo, en particular en lo concerniente al establecimiento de la causalidad, a los efectos que se producen a gran distancia del lugar en el que se cometió el acto contaminante, tal y como se explica en el párrafo 57 del segundo informe. Puede que la Comisión tenga que enunciar una obligación de esa índole al tiempo que reconoce que en ese caso es fruto en parte del desarrollo progresivo. En tal caso, el Comité de Redacción podría optar entre dos posibilidades: conservar la redacción actual de la obligación reconociendo en el comentario que se trata en parte de desarrollo progresivo o modificarla sustituyendo «tienen la obligación de» por «deberían» y precisar en el comentario que esa palabra expresa en este caso algo más fuerte que una mera incitación.

26. En cuanto al proyecto de directriz 5, al igual que otros que le han precedido en el uso de la palabra, el orador considera que, en su redacción actual, el apartado *b* parece debilitar la obligación enunciada en el apartado *a* y minimizar la función esencial del intercambio de información y la vigilancia a los efectos de la protección de la atmósfera. En conclusión, se muestra partidario de remitir todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción, siempre que este, habida cuenta de su mandato, tenga la flexibilidad suficiente para aportar los cambios deseados, como desplazar el contenido del proyecto de directriz 3 al preámbulo.

27. El Sr. CANDIOTI afirma que, en el plano sustantivo, aprueba los cinco proyectos de directriz y que es partidario de remitirlos al Comité de Redacción. En lo que al proyecto de directriz 1 se refiere, le parece importante velar por que las definiciones se ajusten al estado actual del conocimiento científico y a tal fin seguir consultando a especialistas con vistas a completar las definiciones existentes o añadir otras nuevas, si procediera. En el apartado *b* del proyecto de directriz 2 convendría utilizar en la versión en inglés un verbo más fuerte que «*refer to*», que se ha traducido oportunamente como «*définissent*» en la versión en francés, lo que se corresponde en mayor medida con el objetivo principal de las directrices: precisar los principios básicos de la protección de la atmósfera. Por lo que al proyecto de directriz 3 respecta, el orador opina que la «preocupación común de la humanidad» no es realmente en este caso un principio, sino más bien el motivo que hace necesaria la definición de los principios generales aplicables a la protección de la atmósfera, y que se podría mencionar como tal en el preámbulo del proyecto de directrices, como han propuesto varios miembros. Estima que el proyecto de directriz 4 es fundamental, a pesar de no estar seguro de que sea necesaria la argumentación relativa al carácter *erga omnes* de la obligación de proteger la atmósfera. Por último, aprueba el proyecto de directriz 5, que enuncia la obligación de los Estados de cooperar, e invita al Relator Especial a precisar más adelante los límites de esta obligación en sus futuros informes insistiendo fundamentalmente en la necesidad de que los Estados intercambien conocimientos científicos.

28. El Sr. NIEHAUS afirma que, lejos de ser absolutas, las condiciones de 2013 son simples orientaciones que persiguen guiar los trabajos. Han sido interpretadas con claridad y acierto por el Relator Especial, quien en su segundo informe no ha ido más allá de lo que exigía el examen exhaustivo de las cuestiones que se tratan y ha tenido debidamente en cuenta las preocupaciones expresadas por los miembros de la Comisión en el anterior período de sesiones. En cualquier caso, si los proyectos de texto propuestos se alejaran de las condiciones iniciales, situación que por el momento no se ha producido, el Comité de Redacción podría siempre realizar los ajustes necesarios. No se entiende por qué algunos miembros siguen considerando que el tema que se examina carece de fundamento jurídico a pesar de que la degradación de la atmósfera sea una amenaza para la humanidad en su conjunto y de que desentenderse de ella sería simplemente contrario al «derecho a la vida», protegido expresamente por el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[48]. El orador está convencido de que, si la Comisión basa sus debates en el excelente segundo informe presentado por el Relator Especial y respeta las condiciones de 2013, el resultado de sus trabajos no interferirá en la labor internacional que se lleve a cabo en el plano bilateral o multilateral para dar soluciones a los problemas medioambientales, sino que, por el contrario, la respaldará.

29. Pasando a los proyectos de directriz propiamente dichos, el orador aprueba el proyecto de directriz 1 al considerar que la definición de tres conceptos clave, a saber, la «atmósfera», la «contaminación atmosférica» y la «degradación de la atmósfera», permite comprender el tema. En este sentido, comparte la opinión del experto que, en la reunión oficiosa que mantuvieron los miembros de la Comisión con varios científicos, consideró

[48] Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

que sería problemático no definir el término «atmósfera» a los efectos de los trabajos. La contaminación atmosférica es una consecuencia de la degradación de la atmósfera, por lo que quizás se podrían definir ambos conceptos en un solo apartado o, en aras de la coherencia, definir el segundo antes que el primero, tal y como ha propuesto el Sr. Candioti. El orador considera que, al incluir en la definición enunciada en el apartado *b* la palabra «energía», retomada de las definiciones de la contaminación que figuran en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Relator Especial se ha limitado a reconocer la importancia de esa cuestión, sin exagerarla, y ha concluido que la energía, fundamentalmente las emisiones nucleares, puede contribuir a la contaminación atmosférica, por lo que hay que tenerla en cuenta a los efectos del proyecto de directrices.

30. En cuanto al proyecto de directriz 3, algunos miembros han estimado que el concepto de «preocupación común de la humanidad» está mal definido y que puede suscitar controversias. En cambio, sin ánimo de ofenderlos, el orador considera, de manera muy simple, que, en la medida en que la propia existencia de la humanidad depende directamente de la protección de la atmósfera, que constituye un principio jurídico básico en relación con el «derecho a la vida», la degradación de la atmósfera conlleva la obligación de todos los Estados de contribuir a su protección, enunciada en el proyecto de directriz 4, y la obligación de cooperar con tal fin, enunciada en el proyecto de directriz 5, ambos lógicos y útiles. En conclusión, el orador aprueba la remisión de todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

31. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ da las gracias al Relator Especial por su segundo informe, que considera excelente, bien estructurado y fundamentado en un análisis profundo de las cuestiones jurídicas de interés para los trabajos en torno al tema. Le felicita además por haber tenido debidamente en cuenta las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión de Derecho Internacional y por los Estados ante la Sexta Comisión. Este informe va en la buena dirección y cabe esperar que se superen sin dificultades los desacuerdos que persisten en cuanto al ámbito de aplicación del proyecto de directrices. Las condiciones fijadas por la Comisión en 2013, en particular que se optara por directrices, no son en ningún caso óbice para que se haga referencia a los principios o las normas jurídicas pertinentes, y han sido respetadas, tal y como han señalado el Sr. Nolte y el Sr. McRae. El orador comparte igualmente la opinión del Sr. Hmoud, quien recordó con acierto que la Comisión podía incluir principios jurídicos en un proyecto de directrices, tal y como había hecho en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[49] al apoyarse en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales y en la jurisprudencia.

32. El tema de la protección de la atmósfera invita a reflexionar sobre la evolución del derecho internacional, cuyo panorama repasa el Relator Especial en su segundo informe. El derecho internacional ha pasado efectivamente de un «derecho de la coexistencia» a un «derecho de la cooperación» y de la preservación de los derechos e intereses individuales de los Estados a un sistema que protege en mayor medida los intereses de la comunidad internacional, basado en la convicción de que los problemas mundiales, que no se pueden resolver con medidas o respuestas individuales, exigen una acción concertada de los Estados y los otros sujetos de derecho internacional. Esta evolución parece manifiesta en algunos ámbitos del derecho internacional, como el derecho penal internacional, pero también el derecho ambiental internacional, campo en el que la cooperación internacional resulta imprescindible.

33. En lo que al proyecto de directriz 1 se refiere, el orador afirma que le parece apropiado enunciar en el apartado *a* una definición de la atmósfera a los efectos del proyecto de directrices. Dado que el tema que se examina es la protección de la atmósfera, es ciertamente útil precisar qué se entiende por su objeto. Mientras que el aspecto material de la definición propuesta no le supone ningún problema, no sucede lo mismo con su aspecto funcional, es decir, la segunda parte de la oración. El Comité de Redacción deberá dilucidar si hay que conservarla a la luz de las consecuencias que entrañaría su mantenimiento. En este marco, habrá que preguntarse si es necesario añadir la palabra «degradantes» después de «sustancias». En cuanto al apartado *b*, el orador aprueba la definición de la «contaminación atmosférica», retomada del primer artículo del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, puesto que limita dicho concepto a la introducción en la atmósfera por la actividad humana, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan efectos nocivos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra. Aprueba igualmente que se utilice la palabra «energía», sin la cual la definición de la contaminación atmosférica estaría incompleta. Dado que el término «contaminación atmosférica» se usa en la versión en español del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, quizás sería acertado conservarlo en la versión en español y hablar de «*atmospheric pollution*» y no de «*air pollution*» en la versión en inglés. El orador considera igualmente útil definir en el apartado *c* el concepto «degradación de la atmósfera» a los efectos del proyecto de directrices. Es importante mantener un enfoque amplio para no dejar ningún vacío legal y, por consiguiente, no limitar el ámbito del tema a la contaminación atmosférica como tal sino extenderlo a la degradación de las condiciones atmosféricas, noción que no solo abarca la contaminación atmosférica, sino que también deriva de esta.

34. Por lo que al proyecto de directriz 2 respecta, el orador opina que el Comité de Redacción deberá determinar si hay que conservar el adjetivo «nocivas» en el apartado *a*, ya que la utilización de este término puede originar problemas de interpretación en relación con las definiciones en las que únicamente se habla de «sustancias». En el apartado *b* se podría suprimir la frase «así como sobre su interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional», dado que el estudio de las relaciones entre los principios básicos de

[49] 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 en su 63er período de sesiones figuran en *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 25 y ss.

la protección de la atmósfera y estos otros ámbitos del derecho conlleva una importante labor y ampliaría en exceso el ámbito de aplicación del proyecto de directrices. No obstante, nada impide que se haga referencia a algunos aspectos o principios pertinentes de derecho internacional a fin de ilustrar o aclarar el fondo de la cuestión. Por último, el orador aprueba la cláusula «sin perjuicio» que figura en el apartado *c*.

35. En relación con el proyecto de directriz 3, el orador señala que para una parte de la doctrina el concepto de preocupación común de la humanidad se refiere fundamentalmente a aspectos que sobrepasan los intereses o las preocupaciones individuales de los Estados y remite a situaciones serias y urgentes que afectan a la humanidad en su conjunto. Como tal, la preocupación común no es un principio jurídico, sino un concepto que no genera ninguna obligación *erga omnes*. Así se podría reconocer en el proyecto de directrices o, tal y como propuso el Sr. Nolte, hacer referencia a ello en el preámbulo.

36. El proyecto de directriz 4 enuncia un principio importante, la obligación de proteger la atmósfera, que se sustenta en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Tal y como recordó el Sr. Nolte, en su providencia del 22 de septiembre de 1995 en la causa *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en el caso de los Ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)*, la Corte mencionó las «obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio natural» (párr. 64 de la providencia), del cual forma parte integral la atmósfera. Para el orador, este principio debería guiar los trabajos en torno al tema si bien, tal y como ha recalcado la Sra. Escobar Hernández, hay que extraer los principios de la protección de la atmósfera teniendo en cuenta sus características distintivas y sin limitarse a recuperar los principios aplicables al medio ambiente natural en general para adaptarlos. En cuanto a la propuesta del Sr. McRae de enunciar la obligación de proteger la atmósfera en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional, merece ser respaldada, tanto más dado que el Relator Especial esgrime argumentos sólidos al respecto.

37. Por último, el orador considera que se debería reforzar la obligación de cooperar enunciada en el proyecto de directriz 5 hablando de prevención o de atenuación de la contaminación atmosférica, y comparte con el Sr. Hassouna y el Sr. McRae que se debería modificar la redacción del apartado *b*, que tiene como efecto que se diluya la obligación enunciada en el apartado *a*. En conclusión, el orador propone remitir los cinco proyectos de directriz propuestos al Comité de Redacción.

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

[Tema 1 del programa]

38. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo) anuncia que el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo estará integrado por los siguientes miembros: el Sr. Caflisch, la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Forteau, el Sr. Gómez Robledo, el Sr. Hassouna, el Sr. Hmoud, la Sra. Jacobsson, el Sr. Kamto, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Laraba, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Niehaus, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Singh, el Sr. Šturma, el Sr. Tladi, el Sr. Wako, el Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

39. El Sr. WAKO (Presidente del Grupo de Planificación) procede a leer los nombres de los miembros del Grupo de Planificación: el Sr. Caflisch, el Sr. Comissário Afonso, la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Forteau, el Sr. Hassouna, el Sr. Hmoud, el Sr. Huang, la Sra. Jacobsson, el Sr. Kamto, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Laraba, el Sr. McRae, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Niehaus, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Šturma, el Sr. Tladi, el Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3249ª SESIÓN

Martes 12 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflisch, 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. 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.

Protección de la atmósfera (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. C, A/CN.4/681, A/CN.4/L.851)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir con el examen del segundo informe del Relator Especial sobre el tema de la protección de la atmósfera (A/CN.4/681).

2. El Sr. HUANG afirma que la protección de la atmósfera es un tema mucho más complejo de lo que la Comisión se imaginó en un principio. Por ello, le sorprende que no se haya seguido un enfoque más cauteloso: la Comisión intenta dar definiciones jurídicas de conceptos científicos que hasta los científicos consideran difícil definir, algo que no parece ajustarse al rigor habitual de sus métodos de trabajo.

* Reanudación de los trabajos de la 3245ª sesión.

3. Durante el debate, se han expuesto y argumentado bien una serie de opiniones. No obstante, por desgracia el debate ha adoptado un cariz político y emocional, y algunos miembros han confundido la oposición a la opinión del Relator Especial con el desinterés por el planeta, mientras que otros han abordado el tema estrictamente desde el prisma de la división entre el mundo desarrollado y el mundo en desarrollo. Ese tipo de planteamientos son contraproducentes. La Comisión no debe convertirse en un foro de protección medioambiental o una organización no gubernamental. Sus miembros tienen que hacer menos propaganda y más análisis jurídico a fin de trabajar en armonía con el interés de la protección ambiental, un objetivo que no se logrará con retórica vacía ni con «directrices» jurídicas poco realistas.

4. En la Sexta Comisión se han escuchado voces preocupadas por la elección del tema por parte de la Comisión. Se ha dicho: que resulta innecesario un marco jurídico general sobre la protección de la atmósfera, puesto que los instrumentos de larga data ya proporcionan orientación suficiente para los Estados; que el intento de extraer normas jurídicas de los tratados vigentes y afirmar que son aplicables en ámbitos que trascienden su alcance original puede ser peligroso; que la labor de la Comisión sobre el tema complicará seriamente negociaciones delicadas en curso; y que la Comisión puede carecer de los conocimientos especializados necesarios para manejar un tema que es muy técnico. La difícil situación en la que se encuentra ahora la Comisión parece dar la razón a esas voces preocupadas.

5. La Comisión se enfrenta a un dilema. Por una parte, el entendimiento alcanzado en 2013[50] tras arduas negociaciones ya no está abierto a debate; por otra, el entendimiento en sí se ha convertido en algo polémico. El Relator Especial ha intentado eludirlo dándole una «interpretación un tanto laxa». Se entiende su deseo de disponer de cierto margen de maniobra, pero su «interpretación flexible» supone de hecho ignorar totalmente el entendimiento de 2013. El orador admira la ambiciosa labor llevada a cabo por el Relator Especial para la Asociación de Derecho Internacional, que culminó con la aprobación en 2014 de la Declaración de Principios Jurídicos relativos al Cambio Climático[51], pero, al igual que otros miembros, se pregunta si el Relator Especial abriga ambiciones similares para el resultado final de la Comisión. El entendimiento de 2013 es la condición previa para estudiar el tema, y a él ha de volver el Relator Especial.

6. Pasando a los proyectos de directriz, el orador afirma que las tres definiciones propuestas en el proyecto de directriz 1 son polémicas y no están respaldadas por la investigación científica ni la práctica internacional. La definición de la atmósfera del apartado *a* sigue siendo inaceptable para la mayoría de los miembros. El orador duda de la capacidad de la Comisión para redactar una definición jurídica de la atmósfera ante la falta de límites físicos claros entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre. Desde un punto de vista jurídico, tiene que haber diferentes regímenes legales para diferentes partes del espacio aéreo y el espacio ultraterrestre. De lo contrario, si estos regímenes están relacionados entre sí, puede que falte claridad a la hora de ejercer la jurisdicción estatal y de atribuir responsabilidades, por ejemplo en un supuesto de contaminación.

7. Tras 50 años de deliberaciones, la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos y su Subcomisión de Asuntos Jurídicos aún no han alcanzado un acuerdo sobre la utilidad de definir el espacio ultraterrestre. Hay quien sostiene que, ante los avances científicos y tecnológicos y la comercialización del espacio ultraterrestre, una definición contribuiría a crear una única normativa legal que regulara el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre y a aclarar los límites de la soberanía y las responsabilidades de los Estados. Otros consideran que el marco jurídico existente funciona bien y que, si se define el espacio ultraterrestre o se determinan sus límites, se podrían obstaculizar las futuras actividades espaciales y los avances tecnológicos. No parece aconsejable que la Comisión siga ese mismo camino, especialmente en vista de que cualquier definición de la atmósfera que elabore la Comisión afectaría a la labor de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos y su Subcomisión de Asuntos Jurídicos.

8. Resulta igualmente difícil definir la contaminación atmosférica. El aumento de la concentración de dióxido de carbono es una de las causas fundamentales del cambio climático, si bien de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados hasta la fecha no se puede extraer ninguna conclusión clara respecto a si el dióxido de carbono es en sí un contaminante. En la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático no se identificaron los gases de efecto invernadero como contaminantes en general, pero se exhortó a que se estabilizara su concentración en la atmósfera. Asimismo, varios experimentos científicos han demostrado que la emisión de una sustancia concreta se convierte en un problema ambiental solo cuando se concentra en un determinado nivel y en condiciones meteorológicas particulares. Por consiguiente, no hay un criterio uniforme para determinar qué constituye contaminación atmosférica grave. El Relator Especial ha citado el accidente nuclear de Fukushima como prueba de que las emisiones nucleares son una fuente de contaminación atmosférica; no obstante, dichas emisiones no entran dentro del alcance del tema.

9. Algunos miembros de la Comisión también han expresado sus dudas con respecto a la definición de degradación de la atmósfera. La identificación arbitraria de las alteraciones de determinados elementos físicos de la atmósfera como degradación de la atmósfera no está suficientemente avalada por experimentos y datos científicos.

10. En relación con el proyecto de directriz 2, el orador duda que el Relator Especial pueda cumplir con la palabra dada en el párrafo 18 del segundo informe, en el cual asegura que el proyecto de directrices se limitará a los daños atmosféricos «transfronterizos».

11. El orador comparte las dudas expresadas en torno a la idoneidad del término «preocupación común de la

[50] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

[51] International Law Association, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014*, Londres, 2014, págs. 27 a 33, resolución 2/2014.

humanidad» en el proyecto de directriz 3 por tres motivos. En primer lugar, a pesar de que se utiliza en varios tratados, no están claras sus connotaciones jurídicas exactas. Se puede aplicar a muchas cuestiones de preocupación mundial, desde el terrorismo hasta el cambio climático. El orador está convencido de que el 90 % de la población mundial no había oído hablar nunca de «la degradación de las condiciones atmosféricas» antes de que el Relator Especial acuñara esa expresión, por lo que se pregunta cómo se puede calificar de «preocupación común de la humanidad».

12. En segundo lugar, una «preocupación común de la humanidad» no puede abarcar de manera efectiva el estatus jurídico de la atmósfera ni la obligación legal de los Estados de protegerla. Gran parte de la atmósfera está en el espacio aéreo territorial de los Estados, pero otra gran porción está situada sobre aguas internacionales o zonas polares, fuera de la jurisdicción de los Estados. ¿Cómo se puede definir en ese caso la obligación legal de los Estados de proteger la atmósfera sin establecer diferencia alguna entre esas zonas? Es más, ¿cómo puede la preocupación común de la humanidad crear dos obligaciones generales de los Estados (proteger la atmósfera y cooperar) mientras que no se crean obligaciones sustantivas específicas? Y, sin embargo, esa es la tesis defendida por el Relator Especial en el párrafo 37 de su informe.

13. En tercer lugar, el caso *Fundición de Trail* plantea dudas sobre la cuestión fundamental de si la contaminación atmosférica transfronteriza puede constituir una preocupación común de la humanidad.

14. La obligación general de los Estados de «proteger la atmósfera» enunciada en el proyecto de directriz 4 es muy probablemente una proposición falsa. Los humanos tienen que adaptarse a los efectos adversos de los cambios en el medio ambiente natural y mitigarlos, pero ello no es protección, sino «adaptación y mitigación», la expresión utilizada en los tratados internacionales sobre cambio climático. Incluso si se reconoce la obligación de los Estados de proteger la atmósfera, aún tiene que justificarse que se defina como obligación general. Hay que seguir estudiando la cuestión para establecer los requisitos específicos que conlleva para los Estados y encontrar una forma de determinar cuándo ha dejado un Estado de cumplirlos. Por eso, definir a grandes rasgos la protección de la atmósfera como «obligación general» parece carecer de rigor jurídico.

15. En cuanto al proyecto de directriz 5, ya hay consenso en que la cooperación internacional es el único medio eficaz para resolver problemas de alcance mundial. Algunos principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, como la obligación general de los Estados de cooperar, el arreglo pacífico de controversias y las responsabilidades comunes pero diferenciadas, ya figuran en instrumentos jurídicos vinculantes como la Carta de las Naciones Unidas, por lo que no es necesario reiterarlos. Igualmente, el agotamiento del ozono y el cambio climático ya están bien regulados en los marcos jurídicos vigentes. Por consiguiente, la protección de la atmósfera no carece de regulación, sino de compromisos concretos y medidas sustantivas, cuestiones que dependen en gran medida de la voluntad política de los Estados.

16. Para concluir, en vista de que en la actualidad los estudios atmosféricos no son concluyentes, el debate de la Comisión debería evolucionar al ritmo de la investigación científica y la práctica de los Estados. Además, dado que algunos miembros de la Comisión han expresado dudas de ese tipo respecto del segundo informe del Relator Especial y los cinco proyectos de directriz que en él figuran, el orador se opone a que estos se remitan al Comité de Redacción.

17. El Sr. KAMTO, refiriéndose al continuo debate sobre la conveniencia de que la Comisión se ocupe del tema, afirma que, aunque la Sexta Comisión aprobó claramente el proyecto, algunos miembros de la Comisión parecen seguir albergando dudas. Un entendimiento como el que se alcanzó en 2013, que debería denominarse «*entente*» y no «*accord*» en francés, debería ser el primer paso para determinar la forma más apropiada de abordar un tema. Si posteriormente la Comisión desea después dar al Relator Especial orientaciones claras sobre cómo quiere que proceda, puede y debe hacerlo de manera inequívoca, como ha hecho en el pasado en relación con otros temas como la expulsión de extranjeros.

18. Lo mejor que puede hacer la Comisión es realizar una contribución modesta, pero fundamental, a la protección de la atmósfera formulando directrices generales extraídas de las normas jurídicas que existen en varios ámbitos de la actividad internacional, en vez de redactar directrices sobre la relación entre la protección de la atmósfera y otras esferas del derecho internacional. Por ello, se debería desistir de la quinta parte del futuro programa de trabajo, que figura en el párrafo 79 del segundo informe. También es discutible la pertinencia de la sexta parte. Por lo demás, el enfoque adoptado por el Relator Especial es apropiado, puesto que no se espera que las directrices se conviertan en normas vinculantes.

19. Dado que es fundamental disponer una definición científicamente aprobada de la atmósfera, que responda a los propósitos de las directrices, el Relator Especial debería consultar a expertos a fin de presentar en el proyecto de directriz 1 una definición que se ajuste a los conocimientos científicos actuales. La Comisión no tiene por qué entrar en asuntos de soberanía: su propósito debe ser identificar ámbitos en los que la atmósfera puede sufrir una degradación que dañe el medio ambiente mundial. En el proyecto de directriz 2 *b*, debe suprimirse todo cuanto sigue a «así como sobre su interrelación…». El contenido del proyecto de directriz 3 debe ubicarse en un preámbulo, porque la primera parte de la oración no ofrece ninguna orientación, sino que es la afirmación de un hecho, mientras que la segunda, de carácter normativo, carece de fundamento en el derecho internacional positivo y puede tener importantes y complejas implicaciones jurídicas. Toda norma jurídica sobre el tema puede adoptar únicamente la forma de norma primaria que se inscriba en la competencia legislativa de los Estados. Ahora bien, incluso a falta de una norma de derecho consuetudinario, los Estados tienen la obligación general de proteger la atmósfera «como elemento del medio ambiente mundial», de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros órganos judiciales internacionales. Por ese motivo, debe añadirse la expresión «como elemento del

medio ambiente mundial» [«*en tant que composante de l'environnement global*»] al final de la oración del proyecto de directriz 4.

20. El orador es partidario de remitir los proyectos de directriz 1 (con una definición científica revisada del término «atmósfera»), 2, 3 (que debería convertirse en un preámbulo), 4 y 5 al Comité de Redacción.

21. El Sr. FORTEAU elogia al Relator Especial por el espíritu constructivo que ha demostrado al trazar un camino que permita avanzar y llegar a una conclusión satisfactoria en el tema de la protección de la atmósfera. Personalmente, está convencido de la necesidad de abordar las amenazas que se ciernen sobre la atmósfera de la Tierra. No obstante, la Comisión no promoverá el desarrollo progresivo del derecho internacional en este tema abordándolo en términos de derechos y obligaciones ni creando nuevos conceptos o principios.

22. La protección de la atmósfera introduce una nueva dimensión jurídica mundial que trasciende la lógica individualista sobre la que se asienta el derecho clásico de la responsabilidad internacional. Puesto que no está claro qué retos económicos y sociales aguardan y si la comunidad internacional tendrá que adaptarse al cambio climático, o si podrá evitarlo, la primera pregunta fundamental que la Comisión debe plantearse es qué pretende lograr con su texto y cómo puede alentar o acompañar los valientes compromisos políticos que se necesitarán, en vez de intentar revolucionar el derecho para forzar la voluntad de los Estados.

23. Es discutible si una interpretación «un tanto laxa» del entendimiento de 2013 permitiría a la Comisión discernir principios o tendencias emergentes como las que se mencionan en los párrafos 25 y 73 del informe. En cuanto al proyecto de directriz 2 *b*, el orador no considera que la Comisión pueda definir la relación del presente tema con «otros ámbitos pertinentes del derecho internacional» y estima que el término «principios básicos relacionados con» es una expresión menos pertinente que «normas internacionales aplicables a» la protección de la atmósfera, ya que, por definición, dichas normas son limitadas al tratarse de normas de derecho internacional general. Cabe recordar que este ejercicio tiene por objeto definir normas de derecho internacional consuetudinario, no desarrollar un código internacional sobre el medio ambiente.

24. La formulación del proyecto de directriz 1 *b* y *c* es demasiado amplia, ya que la definición de «contaminación atmosférica» abarcaría toda fuente directa o indirecta de dicha contaminación, como el humo procedente de las fábricas y la energía necesaria para las instalaciones de aire acondicionado. Aunque la legislación nacional de algunos Estados, como la de Francia, contiene una definición muy similar a la del párrafo *b*, la obligación de no generar contaminación atmosférica no puede abarcar las mismas actividades en el derecho interno y en el derecho internacional. En el pasado, la práctica de la Comisión ha consistido en aprobar disposiciones de derecho internacional relativas a un daño sensible. El orador se pregunta si, mediante una lectura conjunta de los proyectos de directriz 1 *b* y 4, el Relator Especial pretende imponer a los Estados una obligación en el plano internacional de combatir toda la contaminación atmosférica en el plano nacional. ¿Pero constituye ello codificación del derecho internacional consuetudinario? Lo mismo cabe decir del proyecto de directriz 1 *c* en relación con la degradación de la atmósfera.

25. El proyecto de directriz 2 *a* parece limitar el ámbito de aplicación del proyecto de directrices al hacer referencia a las actividades humanas que tengan o puedan probablemente tener efectos adversos sensibles para la vida y la salud humanas. Es cierto que hay que introducir un umbral de perjuicio, pero el concepto de «efectos adversos sensibles» es más bien vago. ¿Por qué no hablar de «daños» sensibles, tal y como han hecho algunas convenciones? Sería más fácil incorporar el contenido del proyecto de directriz 2 *a* al proyecto de directriz 1 *b* y afirmar que, a los efectos del texto, por «contaminación atmosférica» solo se entiende el daño transfronterizo sensible.

26. El orador analiza acto seguido el proyecto de directriz 3 y afirma que, si se decide mantener la expresión «preocupación común de la humanidad», que alude en el mejor de los casos a las amenazas para la atmósfera y no a su protección, sería más apropiado ubicar la referencia a «la degradación de las condiciones atmosféricas» en un preámbulo en lugar de hacerlo en una directriz. Por otra parte, el término no figura en ningún tratado relativo a la atmósfera y su contenido y alcance exactos son difíciles de comprender. De hecho, es demasiado amplio, puesto que puede abarcar casos aislados de contaminación local, mientras que el objeto de los proyectos de directriz es la degradación mundial causada por la suma de la contaminación local. Por ello, tal vez sea conveniente usar el lenguaje del Convenio de Minamata sobre el Mercurio y decir que el proyecto de directrices versa sobre la contaminación atmosférica que tiene efectos «mundiales».

27. Una cuestión fundamental en relación con el proyecto de directriz 4 es si la atmósfera tiene que ser protegida de la contaminación del aire y la degradación de la atmósfera que se mencionan en el proyecto de directriz 1 o de las actividades humanas definidas en el proyecto de directriz 2, ya que solo se puede encontrar el criterio del umbral de contaminación en el proyecto de directriz 2. A primera vista, la idea de que «los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera» parece sensata, siempre que el proyecto de directrices se aplique únicamente a los daños transfronterizos (o mundiales) sensibles. Para respaldar esta obligación, el Relator Especial menciona diversas disposiciones aparentemente coincidentes extraídas de la Declaración de Río, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos[52]. No obstante, las actividades económicas en tierra son evidentemente muy diferentes de las que se llevan a cabo en alta mar o en cursos de agua o acuíferos. Por ese motivo, el marco de protección del medio ambiente frente a las actividades económicas que ponen en peligro la atmósfera ha de ser diferente. Una prohibición general

[52] Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 60º período de sesiones en *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y ss., párrs. 53 y 54.

de la contaminación atmosférica tendría consecuencias que serían, una vez más, de otra magnitud, puesto que la práctica totalidad de las actividades humanas en tierra, especialmente las de los seres humanos privilegiados que tienen acceso a las comodidades modernas, contaminan la atmósfera. Por ello, no sería apropiado razonar en términos de derechos y obligaciones de los Estados. Este argumento llevó a los autores del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático a aprobar un lenguaje menos draconiano que el propuesto por el Relator Especial e introducir un compromiso de estabilizar o mejorar la situación, no una obligación de protección. En el proyecto de directriz 4 quizás debería especificarse que «los Estados tienen el deber de adoptar las medidas apropiadas a fin de salvaguardar la atmósfera de toda degradación que ponga en peligro la vida sobre la Tierra» [«*les États ont le devoir de prendre les mesures appropriées en vue de préserver l'atmosphère de toute dégradation dangereuse pour la vie sur terre*»]. Otra posibilidad sería eliminarlo y mantener únicamente el proyecto de directriz 5, que se ajusta en mayor medida a la posición actual respecto a los compromisos legales internacionales de los Estados. En tal caso, debería modificarse ligeramente el proyecto de directriz 5 *a* para que rezara «los Estados deben cooperar de buena fe entre sí y con las organizaciones internacionales competentes a fin de salvaguardar la atmósfera de toda degradación que ponga en peligro la vida sobre la Tierra» [«*les États doivent coopérer de bonne foi entre eux et avec les organisations internationales compétentes en vue de préserver l'atmosphère de toute dégradation dangereuse pour la vie sur terre*»].

28. En vista de que la Comisión no parece tener una idea clara de la dirección general que debe tener su labor sobre la protección de la atmósfera, tal vez fuera útil constituir un grupo de trabajo que examinara esa cuestión y estudiara si deberían elaborarse conclusiones generales en vez de directrices. Entretanto, el orador recomendaría que se remitan los proyectos de directriz 1 *a* y 5 al Comité de Redacción.

29. El Sr. KAMTO afirma haber escuchado con interés los comentarios del Sr. Forteau a una serie de cuestiones jurídicas técnicas. La cuestión más importante que ha puesto de relieve es qué desea lograr la Comisión con el tema. Conviene en que la Comisión debería definir claramente sus objetivos. Si se da preferencia al desarrollo progresivo del derecho respecto de la codificación, entonces la Comisión debe tener el valor de desempeñar su papel indicando la actitud que deberían adoptar los Estados para combatir las amenazas que se ciernen sobre la atmósfera. En cuanto al llamado «entendimiento» de 2013, un término sin precedentes en el contexto de los trabajos de la Comisión, el orador desea reiterar que hace referencia a una decisión que la Comisión adoptó para orientar al Relator Especial en su labor.

30. El Sr. NOLTE da las gracias al Sr. Forteau por llamar la atención sobre la nueva dimensión jurídica que ha surgido en relación con la protección de la atmósfera. No obstante, no ha acabado de entender su conclusión, según la cual, debido a la compleja naturaleza del problema, no sería apropiado conceptualizarlo en términos de derechos y obligaciones. El orador habría esperado que sugiriera que la obligación de proteger la atmósfera debe ser complementada con la obligación de reducir los efectos adversos en la atmósfera.

31. El Sr. FORTEAU dice que es difícil ver qué podría conllevar para la práctica de los Estados la obligación de proteger la atmósfera, dado que estos no pueden evitar que se contamine la atmósfera. Por ese motivo, los instrumentos vigentes hacen referencia a la estabilización y la reducción gradual de los daños a la atmósfera en vez de aludir a la obligación de proteger la atmósfera.

32. El Sr. WAKO da las gracias al Relator Especial por su segundo informe, que hace gala de un elevado nivel académico y muestra la disposición a tener en cuenta los comentarios de los miembros de la Comisión y de los Estados. Elogia el acierto de la decisión del Relator Especial de reformular los tres proyectos de directriz que figuraban en el primer informe e incluirlos en su segundo informe. Evidentemente, aún se pueden mejorar.

33. Dado que la definición de la «contaminación atmosférica» que figura en el proyecto de directriz 1 incluye la introducción de contaminantes en la atmósfera, el orador se pregunta por qué, en aras de la coherencia, no se ha utilizado el término «*atmospheric pollution*» en la versión en inglés.

34. Ha habido diferencias de opinión con respecto a qué se entiende por «preocupación común de la humanidad» en el proyecto de directriz 3. Al parecer, se ha tomado la expresión de los párrafos del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y del Convenio sobre la Diversidad Biológica. No obstante, tal y como ha demostrado el Sr. Murphy, no hay nada en el derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario o la jurisprudencia que sugiera que el concepto puede ser considerado un principio jurídico en el contexto de la atmósfera. Con todo, el orador fue persuadido por el Sr. McRae y el Sr. Nolte de que no se podía deducir de ese silencio que los Estados hayan rechazado el concepto. Sin mayor análisis, no se puede afirmar que la cuestión haya sido específicamente abordada —y rechazada— en las negociaciones que dieron lugar a los tratados pertinentes. A su juicio, la palabra «preocupación» debe ser interpretada literalmente. Una preocupación es un asunto de interés para una persona o una entidad por las posibles consecuencias positivas o, en la mayoría de los casos, negativas que puede acarrear para dicha persona o entidad. Comparte la afirmación de la Sra. Jacobsson de que el único concepto que incluye las palabras «común» y «humanidad» y parece tener implicaciones jurídicas es el de «patrimonio común de la humanidad». Tal y como ha demostrado la Sra. Jacobsson, la simple mención de las palabras «humanidad», «preocupación» o «interés» en una oración no conlleva implicaciones jurídicas.

35. Algunos delegados en la Sexta Comisión han reconocido que la protección de la atmósfera es una de las cuestiones más acuciantes a las que se enfrenta la humanidad, por cuanto la atmósfera es imprescindible para la vida en la Tierra. No obstante, las actividades de la

humanidad son tales que los límites entre los diferentes regímenes de protección del medio ambiente, ya sean nacionales, regionales o internacionales, son cada vez más difusos. De hecho, con el tiempo, todos estos regímenes adquirirán una dimensión internacional.

36. Tal y como ha señalado el Relator Especial en su segundo informe, la «preocupación común de la humanidad» puede ser considerada parte del desarrollo del derecho internacional. Si bien aún no se ha llegado a la fase en la que puedan derivarse consecuencias jurídicas de la falta de protección de la atmósfera, el orador opina que es tan solo cuestión de tiempo. Por eso, es importante que la Comisión no se limite a la situación actual, sino que mire al futuro.

37. En cuanto al entendimiento de 2013, el orador coincide con el Sr. Kamto en que no se trata tanto de un entendimiento como de una condición previa para que la Comisión aborde el tema. Por consiguiente, la Comisión ha de proceder respetando dicho entendimiento. Aunque algunos miembros de la Comisión, entre los que se incluye, opinan que en el futuro no se deberían imponer estos límites a un Relator Especial, hay que respetar, no obstante, las condiciones que figuran en el entendimiento. En lo que al segundo informe se refiere, el orador no ve elemento alguno que vulnere los términos del entendimiento de 2013.

38. Respecto al proyecto de directriz 3, el orador está de acuerdo con los miembros que consideran que sería más apropiado ubicarlo en el preámbulo o en una introducción al proyecto de directrices. En relación con los proyectos de directriz 4 y 5, debería ser posible identificar los derechos y las obligaciones de los Estados que pudieran derivarse de las normas y los principios jurídicos existentes que son aplicables a la protección de la atmósfera. Además, también podrían identificarse principios comunes en los tratados vigentes y la práctica pertinentes. No obstante, coincide con el Sr. Kittichaisaree en que hay que aclarar en mayor medida la naturaleza de la obligación de proteger la atmósfera y de la obligación de los Estados de cooperar entre sí. También piensa que el proyecto de directrices debe girar en torno a los seres humanos.

39. El orador opina que deben remitirse todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción para su estudio y que este debe tener plenamente en cuenta todas las sugerencias que se han hecho sobre las posibles maneras de volver a redactarlos.

40. El Sr. AL-MARRI elogia al Relator Especial por la gran calidad de su segundo informe, que se asienta sobre las bases establecidas en su primer informe y ofrece un buen análisis del tema. Ha tratado de tranquilizar a los miembros preocupados por que no se hubiera respetado el entendimiento de 2013 y ha reflexionado sobre los comentarios formulados por los miembros de la Comisión en el anterior período de sesiones.

41. La protección de la atmósfera de todos los métodos de explotación nociva requiere un esfuerzo decidido por desarrollar un marco jurídico a tal fin. El Relator Especial ha fijado este marco de manera convincente, haciendo hincapié en que la protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad y partiendo de los marcos y principios jurídicos desarrollados en relación con la protección del medio ambiente. En lo que se refiere a la preocupación común de la humanidad, el orador observa que existen precedentes en instrumentos jurídicos que datan de la década de los setenta relacionados, por ejemplo, con mecanismos para mejorar la gestión de los recursos submarinos en interés de la humanidad, a la vez que se tienen en cuenta los intereses de desarrollo de los Estados.

42. El marco jurídico establecido en el segundo informe incluye la obligación de los Estados de proteger la atmósfera y de cooperar de buena fe entre sí a tal fin. El Relator Especial ha indicado que espera que se ultimen los trabajos sobre el tema no más tarde de 2020. No obstante, el orador opina que debería reducirse el marco temporal dada la necesidad acuciante de prevenir mayores daños a la atmósfera. Por ello, anima al Relator Especial a que agilice su labor en relación con el tema.

43. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice, a modo de resumen del debate, que las observaciones profundas y constructivas formuladas por los 22 oradores ponen de manifiesto la importancia del tema. Se ha llegado a un consenso de que el tema está estrechamente vinculado con la investigación científica sobre la atmósfera, que la perspectiva científica es útil y que la Comisión debe estar al corriente de los avances científicos relevantes para no alejarse de los hechos científicos.

44. Durante el debate, los miembros han expresado opiniones varias sobre el entendimiento de cuatro puntos alcanzado por la Comisión durante su 65º período de sesiones. Cinco miembros se han mostrado preocupados por que el orador (el Relator Especial) no se hubiera atenido efectivamente a dicho entendimiento en su segundo informe, a pesar de haber sostenido que así lo había hecho. Al usar las expresiones «interpretación un tanto laxa» y «enfoque intermedio» el orador no quería dar a entender que estuviera tratando de encontrar una solución de compromiso entre ajustarse al entendimiento o dejarlo de lado, sino que reconocía que su interpretación del derecho internacional y de su función en relación con el proyecto podía no coincidir exactamente con la de algunos miembros de la Comisión. Suscribe la propuesta formulada por tres miembros de que los términos del entendimiento de 2013 se reflejen en el proyecto de directrices.

45. Pasando al futuro plan de trabajo, explica que no era su intención que el futuro proyecto de directriz 12, que se titulará «Precaución», hiciera referencia al principio de precaución, cuya inclusión han cuestionado varios miembros. El principio de precaución no se ha establecido como principio de derecho internacional consuetudinario y, si se aplica como principio jurídico, tendrá el efecto de trasladar la carga de la prueba, un efecto que nunca ha reconocido ningún tribunal o corte internacional. En realidad, en el proyecto de directriz 12 el Relator Especial tiene previsto referirse al «enfoque de precaución» o a las «medidas de precaución».

46. Algunos miembros han expresado preocupación por las referencias a la interrelación entre el tema y otros ámbitos pertinentes del derecho internacional. No cabe duda de que el tema guarda relación con la Convención

de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Asimismo, los vínculos entre el tema y el derecho mercantil internacional han sido una cuestión acuciante durante casi 30 años, tal y como demuestran el artículo 4 del Protocolo de Montreal y los casos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Además, sin duda será necesario hacer referencia al derecho internacional de la salud y a algunos de los tratados de derechos humanos si el tema va a ser un proyecto centrado en el ser humano, tal y como se ha sugerido. Con todo, solo se aludirá a esa relación en la medida en que sea necesario y oportuno.

47. Respecto a la cuestión de la solución de controversias, el orador explica que no ha pretendido ni pretende establecer nuevos procedimientos de solución de controversias, sino que revisará los que ya existen en derecho internacional, señalando algunos rasgos distintivos de las controversias medioambientales relacionadas con la atmósfera en las que concurren numerosos hechos y tiene un gran peso la ciencia, como muchas de las que se describen en los párrafos 42 a 50 de su primer informe[53].

48. En cuanto a la relación entre el tema actual y la Declaración de Principios Jurídicos relativos al Cambio Climático de la Asociación de Derecho Internacional, el orador recuerda que esta entidad es una institución académica no gubernamental dedicada a estudiar, aclarar y desarrollar el derecho internacional. El orador se inclina por referirse a esos principios jurídicos como doctrina en la medida en que sea necesario u oportuno.

49. Pasando a los cinco proyectos de directriz, afirma que ha revisado sus propuestas originales para tener en cuenta las sugerencias formuladas por los miembros de la Comisión durante el debate sobre el tema. También ha redactado algunos párrafos de un preámbulo a los que podrían añadirse otros más adelante. El preámbulo propuesto reza así:

> «Preámbulo
>
> La Comisión de Derecho Internacional,
>
> *Reconociendo* que la atmósfera es un recurso natural esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres, y que la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad,
>
> *Haciendo notar* que el proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende "llenar" lagunas de los regímenes convencionales o imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,
>
> […]
>
> *Aprueba* las siguientes directrices sobre la protección de la atmósfera.»

50. Con respecto al título de la primera parte («Directrices generales»), en contraposición con el título «Disposiciones generales» usado para los proyectos de artículos, el orador se muestra abierto a sugerencias para mejorar la expresión.

51. En cuanto al proyecto de directriz 1 *a*, tres miembros de la Comisión han cuestionado que en última instancia convenga dar una definición de la atmósfera, mientras que siete han dicho que dicha definición es necesaria y oportuna a los efectos del proyecto de directrices. La propuesta del orador es una definición de trabajo que se ha formulado por necesidades prácticas y exclusivamente a los efectos del proyecto de directrices. Algunos miembros han propuesto añadir el término «partículas». El orador se remitirá a la opinión del Comité de Redacción al respecto. A pesar de que dos miembros han cuestionado la necesidad de referirse a los aspectos funcionales del «transporte y la dispersión de sustancias», el orador considera que su inclusión reviste una importancia crucial, si bien en esta cuestión también se remitirá a la opinión del Comité de Redacción.

52. En relación con el apartado *b*, el orador no se opone a sustituir en la versión en inglés las palabras «*air pollution*» por «*atmospheric pollution*», tal y como han propuesto varios miembros, y ha reflejado ese cambio en la versión revisada del proyecto de directrices. Aunque para el apartado *b* se basó en el artículo 1 *a* del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, el Comité de Redacción puede estudiar la posibilidad de reformularlo si sus miembros consideran que habría que seguir estrictamente el lenguaje de esa Convención, tal y como han propuesto dos miembros. Cuatro miembros han expresado su preocupación por la introducción del término «energía» en la definición, mientras que otros cuatro la han respaldado, en principio, al tiempo que han reconocido que tal vez sea necesario que el Comité de Redacción siga perfeccionando el texto. En su opinión, la definición debe incluir el término «energía» para evitar un vacío importante.

53. En cuanto al apartado *c*, consideró lógico incluir en la definición de «degradación de la atmósfera» cuestiones más amplias, dado que el término anterior, «contaminación atmosférica», tenía una definición restrictiva, que excluía cuestiones globales como el cambio climático y el agotamiento del ozono. No obstante, no le importaría eliminar las referencias a la contaminación atmosférica, el agotamiento del ozono de la estratosfera y el cambio climático y referirse simplemente a las alteraciones de las condiciones atmosféricas, siempre y cuando se insertaran a continuación las palabras «que no sean la contaminación atmosférica, causada por la actividad humana», a fin de disipar las dudas que han expresado dos miembros.

54. El orador pasa al proyecto de directriz 2 y, tal y como han reiterado varios miembros, afirma que es importante dejar claro en el apartado *a* que el tema solo se ocupa de causas antropogénicas, por lo que excluye daños causados por fenómenos naturales como las erupciones volcánicas o la arena del desierto. Confía en que el Comité de Redacción encuentre el lenguaje apropiado para resolver los aspectos que suscitan preocupación en este punto. Ciertamente, los apartados *a*, *b* y *c* se solapan

[53] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/667.

en parte por su condición de componentes de un proyecto de directriz que se refiere al ámbito de aplicación y no a los términos empleados. Ahora bien, si se quiere simplificar el proyecto de directriz, es importante mantener las expresiones «actividades humanas», «que tengan o probablemente puedan tener» y «efectos adversos sensibles», que, en su opinión, son los factores más relevantes para delimitar el ámbito de aplicación del proyecto.

55. En relación con el apartado *b*, varios miembros han puesto en duda la idoneidad de la palabra «interrelación», por lo que el orador propone sustituirla por «relación». También propone reemplazar la palabra «ámbitos» por «principios».

56. En cuanto al apartado *c*, propone suprimir las palabras «tiene por objeto», de acuerdo con la petición de un miembro, y añadir al final del párrafo la expresión «ni las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, formarán parte del proyecto de directrices». Dado que el apartado *c* es una cláusula de salvaguardia relativa al espacio aéreo, parece ser la ubicación natural para incluir ese componente del entendimiento de 2013 de la Comisión.

57. Tres miembros han propuesto que se inserte el entendimiento de 2013 en el texto sobre el ámbito de aplicación del proyecto de directrices. El orador ha aceptado en parte la propuesta y ha incluido aspectos del entendimiento que hacen referencia al ámbito de aplicación del proyecto de directrices en un nuevo apartado *d*, que reza así:

> «*d*) Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en este proyecto de directrices no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Estas directrices tampoco abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.»

58. El resto del entendimiento de 2013 se ha insertado en la segunda cláusula del preámbulo, una ubicación más apropiada para el aspecto relativo al planteamiento básico de no interferir en las correspondientes negociaciones políticas.

59. El orador pasa a la segunda parte y hace hincapié en que el título es «Principios básicos» y no «Principios generales», como se deslizó de manera inadvertida, en el anexo de su segundo informe. El título pretende hacer referencia a los principios básicos del derecho internacional y no a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Ya ha pedido a la Secretaría que publique una corrección.

60. El proyecto de directriz 3, titulado «Preocupación común de la humanidad», ha sido el que más polémica ha suscitado en el debate. Varios miembros de la Comisión han subrayado la importancia que sigue teniendo el concepto «patrimonio común de la humanidad» en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en otros contextos. En su primer informe, el orador indicó que una referencia a la protección de la atmósfera como preocupación común de la humanidad no impone obligaciones sustantivas específicas a los Estados. En su segundo informe, se ha centrado en las obligaciones generales que dicha referencia impone a los Estados. Ambos informes describen obligaciones sustantivas, no procedimentales. Con todo, muchos miembros han considerado que el término «preocupación común de la humanidad» no es un principio jurídico, sino simplemente un concepto o la afirmación de un hecho, carente de todo contenido normativo. Teniendo en mente las preocupaciones y reservas expresadas en el debate, el Relator Especial ha aceptado la recomendación de la mayoría de los miembros de trasladar al preámbulo la referencia a la preocupación común de la humanidad.

61. El proyecto de directriz 4 también ha generado gran polémica. No obstante, a su juicio, refleja uno de los principios más importantes del proyecto. La Comisión se ha mostrado dividida en cuanto a si debe mantenerse. Así pues, el orador desea retirar su petición de remitirlo al Comité de Redacción en este período de sesiones, lo que le dará tiempo para seguir reflexionando sobre los valiosos comentarios formulados por los miembros durante el debate. En su tercer informe, se ocupará del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* y de otros principios y espera poder presentar un panorama más claro de la obligación de los Estados de proteger la atmósfera identificando obligaciones específicas con arreglo al derecho internacional vigente.

62. Los miembros de la Comisión han celebrado en general el proyecto de directriz 5 y varios de ellos han formulado sugerencias útiles para mejorarlo. La propuesta revisada del orador consiste en añadir al final de la primera oración la frase «lo cual debe ponerse a disposición del público de manera transparente».

63. En resumen, 12 miembros se han mostrado partidarios de enviar los cinco proyectos de directriz al Comité de Redacción y 10 se han declarado a favor de enviar solo algunos. Siete miembros se han opuesto a que se remitan los proyectos de directriz 3 y 4 al Comité de Redacción y otros dos se han mostrado en contra de que se remita el proyecto de directriz 4. Tres miembros no han respaldado que se remita el proyecto de directriz 1 *a* y uno se ha opuesto a que se remita el proyecto de directriz 2.

64. Así pues, el orador solicita que se remitan los proyectos de directriz 1, 2, 3 y 5 al Comité de Redacción, en el entendimiento de que el proyecto de directriz 3 será trasladado al preámbulo. En vista de la necesidad de seguir estudiando el asunto y dadas las inquietudes planteadas por los miembros de la Comisión, el orador no pide que se remita el proyecto de directriz 4 en el actual período de sesiones. Espera que el Comité de Redacción pueda disipar las inquietudes expresadas por algunos miembros respecto de la redacción de los proyectos de directriz 1, 2 y 5. El orador también solicita que el Comité de Redacción estudie en este período de sesiones las partes del preámbulo que anteriormente ha leído en voz alta. Por último, no considera necesario en esta etapa

constituir un grupo de trabajo sobre el tema, tal y como ha propuesto el Sr. Forteau.

65. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por su flexibilidad para incorporar las opiniones expresadas por los miembros en una versión revisada del proyecto de directrices.

66. Sir Michael WOOD pide que se confirme que, al trasladar el proyecto de directriz 3 al preámbulo, la Comisión no apoya necesariamente las palabras exactas «preocupación común de la humanidad». En su segundo informe, el Relator Especial ha hecho alusión a diversas alternativas para describir el concepto, que espera pueda estudiar el Comité de Redacción. De ser así, el orador puede aceptar la propuesta que tiene ante sí la Comisión.

67. El Sr. PETRIČ dice que apoya la propuesta de que el Comité de Redacción aclare todas las cuestiones suscitadas en las directrices propuestas. Ahora bien, si se llega a un punto muerto en una cuestión determinada, puede que la Comisión desee volver a estudiar la propuesta del Sr. Forteau de constituir un grupo de trabajo.

68. El Sr. HMOUD apoya el proyecto de directriz 4 y considera que hay base para que el Comité de Redacción lo reformule; no obstante, suscribe la propuesta del Relator Especial de que no se ultime hasta el 68º período de sesiones. En relación con el proyecto de directriz 3, le inquieta el comentario del Relator Especial de que una preocupación común de la humanidad impone a los Estados una obligación general, dado que una obligación de ese tipo genera una amplia variedad de efectos jurídicos. No ha escuchado a ningún miembro de la Comisión que apoye ese concepto y, personalmente, opina que no se impone *per se* una obligación general a los Estados. Puede aceptar la idea de Sir Michael Wood de que se reformule el texto del proyecto de directriz 3 para presentarlo como un entendimiento de la comunidad internacional sobre determinadas cuestiones, si bien no debe conllevar obligaciones jurídicas.

69. El Sr. MURPHY pide que se confirme que, tal y como lo ha entendido, es el Comité de Redacción el que determinará el formato adecuado para el texto introductorio del proyecto de directrices, ya sea un preámbulo, una introducción u otro formato.

70. El PRESIDENTE confirma que es efectivamente el Comité de Redacción el que tiene encomendada la decisión al respecto. Si no hay objeciones, entiende que la Comisión desea remitir los proyectos de directriz 1, 2, 3 y 5 al Comité de Redacción, en el entendimiento de que la directriz 3 se ubicará en el texto introductorio.

Así queda acordado.

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

[Tema 1 del programa]

71. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida) dice que el Grupo de Estudio está integrado por los siguientes miembros: el Sr. Caflisch, la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Forteau, el Sr. Hmoud, el Sr. Kamto, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Park, el Sr. Singh, el Sr. Šturma, el Sr. Tladi, Sir Michael Wood y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3250ª SESIÓN

Miércoles 13 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflisch, 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. 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.

Cooperación con otros órganos

[Tema 13 del programa]

DECLARACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA CONSULTIVA ASIÁTICO-AFRICANA

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

2. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) señala que en el 54º período de sesiones de la AALCO, celebrado en abril de 2015 en Beijing, muchos Estados miembros elogiaron la gran contribución de la Comisión a la codificación y el desarrollo del derecho internacional, y expresaron el deseo de que la colaboración entre la Comisión y la AALCO se intensifique. Durante la reunión especial de medio día de duración dedicada a cuatro temas inscritos en el programa de trabajo de la Comisión —identificación del derecho internacional consuetudinario, expulsión de extranjeros, protección de la atmósfera e inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado—, los Estados miembros de la AALCO formularon observaciones que el Sr. Mohamad desearía transmitir a los miembros de la Comisión.

3. Al decidir si quieren o no ser partes en los tratados, los Estados pueden quedar obligados por el derecho internacional consuetudinario sin haber consentido expresamente en ello, y de ahí la importancia de la identificación de ese derecho. Dado el gran interés mostrado por los Estados miembros en relación con esa cuestión, la AALCO estableció en 2014 un grupo informal de

expertos encargado de identificar el derecho internacional consuetudinario y formular observaciones sobre la labor de la Comisión en esa esfera. En marzo de 2015, el informe del grupo se sometió a los Estados miembros para que presentaran sus observaciones[54]. En el último período de sesiones anual de la AALCO, estos pidieron más tiempo para examinar el informe, insistiendo en la necesidad de adoptar un enfoque prudente, y encargaron a la AALCO que siguiera de cerca la labor llevada a cabo al respecto. El Presidente del grupo informal se mostró preocupado por el reducido porcentaje de respuesta de los Estados a los cuestionarios de la Comisión, que se debió tanto al carácter técnico del tema como a la falta de capacidad y recursos.

4. Entre otras cosas, se señaló que la Comisión podría examinar «lo que no constituye derecho internacional consuetudinario» de conformidad con los principios generales del derecho internacional y los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. También se dijo que se debería conceder la misma importancia a los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional y que se debería tomar en consideración la práctica de los Estados de todas las regiones, en particular de los países en desarrollo. Algunos consideraban que la práctica de las organizaciones internacionales podía contribuir a título subsidiario a determinar las normas consuetudinarias y que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas podían servir, en determinadas circunstancias y con sujeción al examen de su contenido y de las condiciones en que se habían aprobado, para apoyar la existencia de una norma o el establecimiento de la *opinio iuris*, mientras que las actividades de las organizaciones no gubernamentales y los particulares no podían constituir una práctica a los fines de la identificación del derecho internacional consuetudinario. También señalaron que la Comisión debería abordar los conceptos de «Estados especialmente afectados» y de «objetor persistente» y que se deberían desplegar esfuerzos en el marco de la cooperación entre la AALCO y la Comisión para que las opiniones de numerosos juristas competentes de Asia y África se tengan debidamente en cuenta.

5. Muchos Estados alabaron la labor de la Comisión sobre la expulsión de extranjeros y se felicitaron por el proyecto de artículos aprobado en su 66º período de sesiones[55]. En cambio, otros expresaron reservas al respecto. Para uno de ellos, el proyecto de artículos no reflejaba prácticas universales y algunos artículos no estaban en consonancia con la práctica vigente en varios Estados de Asia. En opinión de otro, algunos artículos, como el proyecto de artículo 12, no garantizaban un justo equilibrio entre los derechos de los Estados y los de los extranjeros, mientras que otros artículos tendían a limitar indebidamente la soberanía de los Estados. Por ejemplo, el párrafo 2 *b* del proyecto de artículo 19 no tenía en cuenta que las autoridades competentes para decidir que se prolongase la duración de la detención diferían de un Estado a otro y que cada Estado era libre de decidir los medios y procedimientos, judiciales o administrativos, que debían aplicarse para proteger los derechos de los extranjeros sujetos a una medida de expulsión. Del mismo modo, el párrafo 2 del artículo 23, que prohíbe la expulsión de un extranjero a un país donde corra el riesgo de ser ejecutado o condenado a muerte, pasó por alto el hecho de que no existía un consenso internacional sobre la abolición de la pena de muerte ni la prohibición de la pena de muerte en el derecho internacional. Otro motivo de preocupación se refería a varios artículos que tenían por objeto reforzar la protección de los derechos de los extranjeros, que se percibían como excesivos en relación con las obligaciones convencionales de los Estados y su práctica general, y de los cuales algunos temían que obstaculizaran la cooperación judicial internacional y favorecieran la impunidad. A pesar de las diferencias en las opiniones expresadas, el Sr. Mohamad confiaba en que se lograra un consenso cuando el tema volviera a ser examinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su septuagésimo segundo período de sesiones.

6. Los Estados miembros de la AALCO consideran que la protección de la atmósfera es una cuestión crucial de alcance mundial que requiere una respuesta coordinada de la comunidad internacional. En ese contexto, las negociaciones sobre el cambio climático revisten especial importancia, y un Estado insistió en el rigor y la prudencia con los que la Comisión debería llevar adelante su labor para no interferir con las negociaciones políticas en curso ni los mecanismos convencionales vigentes y velar por que sus directrices se basen en la práctica internacional común y el derecho en vigor. En cuanto al segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681), la secretaría de la AALCO acogió con agrado las definiciones de contaminación atmosférica, incluida la referencia a la energía, y de degradación de la atmósfera. Con respecto a la conveniencia de establecer principios fundamentales, un Estado señaló que la referencia a los principios básicos del derecho internacional ambiental era inevitable, aunque la labor de la Comisión no tratase de completar los instrumentos internacionales en vigor aplicables a las actividades de los Estados relacionadas con la atmósfera. Otros hicieron hincapié en la importancia de que el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas se tuviera en cuenta y se respetara. No se discutió que la noción de «preocupación común de la humanidad» estuviera firmemente arraigada en la práctica convencional, ya que figuraba en varios instrumentos ratificados por más de 195 Estados, pero, en opinión de algunos Estados, dada la indeterminación de sus consecuencias jurídicas, no daba lugar a obligaciones sustantivas de protección de la atmósfera. Otro Estado señaló que, habida cuenta de que el reconocimiento de la «atmósfera» como preocupación común de la humanidad era muy controvertido y no estaba tan arraigado en otras esferas del derecho internacional, el Relator Especial debía reforzar el razonamiento jurídico que sustentaba al proyecto de directriz 3.

7. En cuanto a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, existe un amplio consenso entre los miembros de la AALCO sobre el alcance, a los fines de ese tema, del concepto de «funcionario», basado en la práctica de los Estados y la jurisprudencia reciente. Todos defienden la inmunidad *ratione personae* de los miembros de la troika, pero hay divergencias en cuanto a si esa inmunidad puede hacerse

[54] El informe puede consultarse en el sitio web de la AALCO: www.aalco.int, *Annual Session*, documentos del 54º período de sesiones.

[55] Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en segunda lectura en *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

extensiva a otros altos funcionarios obligados, en ejercicio de sus funciones, a viajar a menudo al extranjero en nombre del Estado al que representan. Para la secretaría de la AALCO, el alcance de la inmunidad *ratione materiae*, con arreglo a la definición que figura en el tercer informe de la Relatora Especial[56], podría llevar a interpretar que una empresa privada de servicios militares o de servicios de seguridad contratada por un Estado para realizar detenciones o un grupo paramilitar que actúe *de facto* como órgano del Estado podrían beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. Por tanto, es importante definir de manera más precisa el alcance de esa categoría de inmunidad, limitándose estrictamente a lo reconocido por la práctica de los Estados y la *opinio iuris*. Un Estado dijo que, aunque era difícil establecer una lista exhaustiva y aceptable para todos los Estados de las personas englobadas en la categoría de funcionarios que gozaban de la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión debía centrarse en elaborar una definición del término «funcionario», que no existía en derecho internacional, basándose en la práctica de los Estados derivada de su derecho interno. Según ese mismo Estado, la inmunidad *ratione materiae* no debía hacerse extensiva a las personas físicas o jurídicas que actuasen en nombre de un Estado en virtud de un contrato, ya que la ampliación de la inmunidad a personas, como los proveedores privados, que no eran funcionarios públicos ni tenían derecho a ejercer la «autoridad inherente al Estado», carecía de fundamento jurídico. En cuanto a las excepciones, no debían afectar a la inmunidad de los jefes de Estado cuya función era puramente protocolaria y que no tenían el poder efectivo de dirigir o controlar las acciones u omisiones constitutivas de delitos prohibidos por el derecho internacional. Otro Estado señaló que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado era de carácter procesal y no eximía a esos funcionarios de responsabilidad penal, por lo que podían ser juzgados en los tribunales nacionales.

8. En cuanto a otros temas inscritos en el programa de trabajo de la Comisión, los Estados declararon, con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que convendría que la Comisión especificase las obligaciones relativas al medio ambiente en el contexto de los conflictos armados, ya que el derecho internacional humanitario presentaba lagunas en la materia. La Comisión también debería definir la expresión «conflicto armado» y examinar las obligaciones jurídicas de los actores no estatales, evitando, al mismo tiempo, alejarse demasiado del objeto de su labor. Por último, los Estados miembros de la AALCO tomaron nota con satisfacción de la aprobación, en primera lectura, del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre[57]. Con respecto a los términos empleados, el orador señaló que la expresión «asistencia externa» debía definirse con la mayor prudencia y que la expresión «otro actor que presta asistencia» no había de abarcar a los agentes nacionales que intervienen para prestar socorro de emergencia o reducir el riesgo de desastre.

9. Para concluir, el Sr. Mohamad dice que la AALCO continuará siguiendo de cerca la labor de la Comisión y que confía en que se organicen reuniones conjuntas entre períodos de sesiones para debatir los diferentes temas objeto de examen. También sería conveniente establecer otros medios para recabar las opiniones de los Estados miembros de la AALCO, que, por falta de capacidad, tienen dificultades para participar de manera efectiva en el sistema de cuestionarios de la Comisión. Por último, el Sr. Mohamad, cuyo mandato de Secretario General de la AALCO expira en 2016 y que interviene, por tanto, por última vez ante la Comisión en ejercicio de ese cargo, agradece a todos los miembros de la Comisión su apoyo y su valiosa contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional, y se compromete a seguir trabajando en favor de la cooperación entre la Comisión y las asociaciones de juristas internacionales.

10. Sir Michael WOOD dice que, bajo el liderazgo dinámico del Sr. Mohamad, la AALCO se ha convertido en un modelo en materia de cooperación con la Comisión, y espera que las buenas prácticas que el Sr. Mohamad ha contribuido a poner en marcha persistan cuando abandone el cargo. Como Relator Especial del tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario», ha leído con sumo interés el informe del grupo informal de expertos de la AALCO encargado de identificar el derecho internacional consuetudinario, que invita a otros miembros de la Comisión a consultar en el sitio web de la organización, y participará con mucho gusto en cualquier reunión que la AALCO organice en el futuro sobre esa cuestión.

11. El Sr. KITTICHAISAREE pregunta si las observaciones hechas por el Sr. Mohamad sobre la inmunidad de los proveedores privados reflejan un consenso general dentro de la AALCO o solo la posición de algunos miembros. Además, le gustaría conocer la opinión de la AALCO sobre las excepciones a la inmunidad *ratione personae* de los miembros de la troika y sobre la inmunidad de los actos *ultra vires*. Por último, invita a la organización a tomar medidas para mejorar el acceso a sus trabajos a través de su sitio web.

12. El Sr. MURPHY agradece al Sr. Mohamad la importante labor que ha llevado a cabo al frente de la AALCO. A propósito de la polémica que ha suscitado en la Comisión el concepto de «Estados especialmente afectados», que, en opinión de algunos miembros, favorecía a los Estados poderosos en detrimento de los demás, al orador le gustaría saber si la AALCO coincide con él en que ese concepto, por el contrario, se aplica de la misma manera a todos los Estados, cualesquiera que sean, desde el momento en que se ven especialmente afectados por una determinada norma, y tiene cabida, por tanto, en la labor de la Comisión.

13. El Sr. HASSOUNA destaca la importante función desempeñada por la AALCO, que permite a los Estados africanos y asiáticos no solo intercambiar puntos de vista, sino también contribuir al desarrollo del derecho internacional. Espera que, en el futuro, la organización pueda celebrar su período de sesiones anual antes del período de sesiones de la Comisión, como ha hecho en 2015. Teniendo en cuenta el interés de la AALCO en la labor de la Comisión relativa a la identificación del

[56] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673.

[57] Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura en ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 66 y ss., párrs. 55 y 56.

derecho internacional consuetudinario, convendría organizar reuniones conjuntas entre los respectivos períodos de sesiones de ambas instituciones, a fin de promover los intercambios sobre ese importante tema. Puesto que la AALCO también está interesada en la labor de la Comisión sobre la protección de la atmósfera, le alegrará saber que, tras una semana de intenso debate, se ha llegado a un compromiso sobre la orientación que se va a seguir y se han remitido los proyectos de directriz al Comité de Redacción. Con respecto a la expulsión de extranjeros, la Comisión espera que la Asamblea General de las Naciones Unidas, que no alcanzó ningún acuerdo en su último período de sesiones, logre un consenso en el septuagésimo segundo período de sesiones. Por último, con miras al fortalecimiento de la cooperación entre ambas instituciones, la AALCO podría proponer a la Comisión nuevos temas de estudio. Por ejemplo, en su último período de sesiones, la AALCO mencionó los aspectos jurídicos del ciberespacio y los principios generales del derecho internacional, dos temas que la Comisión podría plantearse incluir en su programa de trabajo.

14. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) agradece a los miembros sus amables palabras y sus preguntas. En cuanto a la identificación del derecho internacional consuetudinario, señala que ese tema reviste gran interés para los Estados miembros de la AALCO y los miembros del grupo informal de expertos que se ha establecido. Si bien espera que el informe elaborado sea adoptado lo antes posible por los Estados miembros, hace hincapié en que estos suelen estar de acuerdo en que, dada la complejidad del tema, es mejor no precipitarse. Es difícil establecer las precisiones solicitadas con respecto a los «Estados especialmente afectados», ya que los Estados miembros aún no han decidido si conviene abordar esa cuestión en el contexto de la labor relativa al derecho internacional consuetudinario; no obstante, invita al Sr. Murphy a consultar el informe previamente mencionado, donde encontrará algunas respuestas.

15. Los debates relativos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado prosiguen su curso. Como sigue habiendo divergencias en cuanto a la conveniencia de ampliar la troika, es imposible dar a conocer una posición común de los Estados miembros sobre el tema. El Sr. Mohamad desea agradecer al Sr. Hassouna sus valiosas contribuciones en varios períodos de sesiones anuales de la AALCO, en particular sus intervenciones sobre el tema de la expulsión de extranjeros, e indica, en relación con los nuevos temas tratados, que el ciberespacio y el comercio electrónico suscitan un interés especial entre los Estados miembros de esa organización.

16. El Sr. KAMTO elogia la gran contribución del Sr. Mohamad al desarrollo de la AALCO y al afianzamiento de su presencia en la escena internacional, así como los importantes esfuerzos desplegados para identificar la cooperación entre la AALCO y la Comisión. En cuanto al proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, destaca que, a lo largo de toda su labor sobre el tema, la Comisión ha tratado de preservar el equilibrio entre la soberanía del Estado, que conlleva el derecho de expulsión, y el respeto de los derechos del extranjero objeto de expulsión. Dado que los Estados miembros de la AALCO también son Estados Miembros de las Naciones Unidas y que el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros se encuentra actualmente en manos de la Asamblea General, el orador señala que los Estados miembros de la AALCO tal vez no hayan prestado suficiente atención a ese tema durante el debate mantenido en la Sexta Comisión. Quizás deberían estudiarlo más a fondo, y, para ello, es importante que lean no solo los proyectos de artículo propuestos, sino también los comentarios correspondientes, que son vitales para entender adónde quiere llegar la Comisión.

17. Así, el comentario del proyecto de artículo 12, en que se establece, en particular, que «el Estado expulsor conserva el derecho de expulsar a un extranjero cuando se cumplan las condiciones para ello»[58], ayuda a entender el propósito de ese proyecto de texto, que se limita a evitar los antagonismos de dos procedimientos relativos a situaciones completamente distintas. El proyecto de artículo 19, mencionado también por el Sr. Mohamad, no merma en absoluto el derecho del Estado a expulsar, pues se limita a prever la supervisión de la autoridad judicial, que es lo mínimo para evitar la arbitrariedad de las autoridades administrativas o la policía. En cuanto al proyecto de artículo 23, la Comisión dejó claro que se trataba de un desarrollo progresivo del derecho, apoyado por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por último, el proyecto de artículo 24, que retoma el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se basa en una extensa jurisprudencia del Comité contra la Tortura.

18. El Sr. HUANG dice que, desde su creación, y de conformidad con el espíritu de Bandung, la AALCO ha trabajado en favor del desarrollo del derecho internacional y la promoción de un orden internacional justo y equitativo. Recuerda que, en ese espíritu, el Primer Ministro de China se comprometió, en el 54º período de sesiones de la AALCO, celebrado en Beijing, a financiar un programa de investigación e intercambio de ideas sobre el derecho internacional para intensificar la cooperación jurídica internacional. El Sr. Huang desearía saber qué va a hacer la AALCO para sacar el máximo provecho de ese programa y contribuir a la formación del personal jurídico en Asia y África.

19. El Sr. Huang señala que, con frecuencia, las observaciones y propuestas de la AALCO sobre determinados aspectos de la labor de la Comisión han contribuido a enriquecer los debates; subraya que las contribuciones de la AALCO son indispensables para el desarrollo del derecho internacional y confía en que la organización siga trabajando activamente para promover el principio del estado de derecho en las relaciones internacionales. En cuanto a la Comisión, espera que se esfuerce para intensificar aún más la cooperación con las organizaciones jurídicas internacionales y regionales, incluida la AALCO, a los efectos de la codificación y el desarrollo del derecho internacional.

[58] *Anuario... 2014*, vol. II (primera parte), pág. 39 (párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 12).

20. El Sr. HMOUD elogia la labor llevada a cabo por el Sr. Mohamad como Secretario General de la AALCO y le agradece su colaboración activa con la Comisión. Desearía recibir más información acerca de los medios de que dispone la organización para proporcionar formación sobre derecho internacional a nivel regional o internacional. También querría saber si la AALCO tiene previsto organizar otras actividades, además de las reuniones que celebra en paralelo a las sesiones de la Sexta Comisión.

21. El Sr. TLADI agradece al Sr. Mohamad su visita y sus observaciones, que siempre encuentra muy instructivas. Recuerda que uno de los problemas mencionados con regularidad es la falta de respuesta de algunos gobiernos a las peticiones de información de la Comisión. Señala que a menudo resulta difícil apoyarse en las declaraciones y observaciones de la AALCO porque no son las opiniones de los Estados miembros, sino las de la secretaría. Si bien el informe del grupo informal de expertos encargado de identificar el derecho internacional consuetudinario debería haber sido adoptado por los Estados miembros, el Sr. Tladi señala que, en efecto, tal no ha sido el caso. Además, duda seriamente que la Comisión pueda suscribir algunas conclusiones controvertidas alcanzadas por el grupo informal de expertos, por ejemplo, respecto de los Estados especialmente afectados.

22. La Sra. JACOBSSON agradece al Sr. Mohamad su importante contribución al éxito de la cooperación entre la AALCO y la Comisión. También le da las gracias por las observaciones sobre el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que son particularmente útiles, ya que ningún Estado de Asia y África ha respondido a las preguntas formuladas por la Comisión sobre ese tema. No obstante, llama la atención sobre el hecho de que a veces hay divergencias entre lo que declara el Sr. Mohamad con respecto a la posición de los Estados miembros de la AALCO sobre una determinada cuestión de derecho internacional relacionada con la labor de la Comisión y las declaraciones de esos Estados en la Sexta Comisión sobre esas mismas cuestiones, lo que plantea el tema de cómo tratar la información proporcionada por el Secretario General de la AALCO.

23. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ agradece al Sr. Mohamad su presentación clara y eficaz de las actividades de la AALCO relacionadas con la labor de la Comisión y dice que se encuentra en la misma situación que la Sra. Jacobsson, pues no ha recibido ninguna respuesta de los Estados miembros de la AALCO a las preguntas formuladas por la Comisión sobre diversos aspectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por tanto, para conocer su opinión, solo dispone de las declaraciones hechas por algunos de ellos en la Sexta Comisión. Consultando el sitio web de la AALCO, la oradora ha podido obtener algo de información, que pone de manifiesto, por una parte, que la mayoría de sus Estados miembros consideran que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado no debe ser objeto de ninguna excepción y, por otra, que no logran ponerse de acuerdo sobre la cuestión de una posible ampliación de la troika con respecto a la inmunidad *ratione personae*. Convendría disponer de más información y se felicita en ese sentido de la aprobación por la AALCO, en su anterior período de sesiones, de una resolución por la que se invita a los Estados miembros a contribuir a la labor de la Comisión dando a conocer sus observaciones sobre los diversos temas del programa.

24. El Sr. PETER dice que ha escuchado al Sr. Mohamad con gran interés y señala que, en general, sus observaciones sobre la labor de la Comisión suelen ser mucho más detalladas que las resoluciones aprobadas por la AALCO sobre temas de interés común. Así pues, a la Comisión le resulta difícil apoyarse en esas resoluciones, siempre muy sintéticas, para conocer la opinión de los Estados miembros de la AALCO.

25. El Sr. PETRIČ da las gracias al Sr. Mohamad por su intervención tan útil y elogia su importante contribución al acercamiento entre la AALCO y la Comisión. Invita a que se sensibilice a su sucesor sobre la necesidad de alentar a los Estados miembros de la AALCO a expresar su opinión en la Sexta Comisión durante el examen del informe de la Comisión.

26. El Sr. CANDIOTI elogia la calidad de las intervenciones del Sr. Mohamad y le da las gracias por haber trabajado incansablemente para estrechar los lazos entre la AALCO y la Comisión, que, espera, proseguirán su cooperación, en particular en lo que respecta al tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Como ha propuesto el Sr. Hassouna, sería útil que, en el marco de los trabajos sobre ese tema, la AALCO estudie en qué medida los principios generales del derecho internacional constituyen una fuente de derecho internacional consuetudinario.

27. El Sr. AL-MARRI recuerda que una de las principales misiones encomendadas a la AALCO cuando se creó fue la promoción de la cultura jurídica en los países de Asia y África, así como el principio del estado de derecho en las relaciones internacionales. Desearía saber si está previsto adoptar un plan de acción para contribuir de manera concreta a la materialización de esos objetivos en los próximos años.

28. El Sr. WAKO también invita al Sr. Mohamad y a su sucesor a que alienten a los Estados miembros de la AALCO a expresar sus opiniones en la Sexta Comisión durante las sesiones dedicadas al examen del informe de la Comisión para que pueda hacerse una idea precisa de sus puntos de vista sobre los trabajos en curso.

29. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana) señala que, dado el escaso tiempo de que dispone, será difícil responder a todas las preguntas planteadas. Si bien puede, como Secretario General de la AALCO, presentar cada año a la Comisión una visión general de lo que los Estados miembros han opinado sobre un determinado tema tratado, le es imposible indicar cuál es su «posición común» con respecto a esos temas, por la sencilla razón de que, en muchos casos, tal posición no existe. La AALCO sigue siendo un intermediario privilegiado de la Comisión, por lo que es importante que los miembros sigan participando en las reuniones celebradas por los Estados miembros de la AALCO en paralelo a las sesiones de la Sexta Comisión. De manera más general, es importante que la cooperación con la Comisión continúe —el Sr. Mohamad se

esforzará en concienciar a su sucesor de la necesidad de mantenerla— y, a pesar de todas las dificultades que ello entraña, se deben seguir estableciendo grupos informales de expertos encargados de examinar cuestiones de derecho internacional que también interesan a la Comisión. Por último, el Sr. Mohamad propone que los temas tratados por esta última reciban una atención especial en el marco de la aplicación del programa de investigación e intercambios sobre el derecho internacional financiado por el Gobierno de China.

Identificación del derecho internacional consuetudinario[59] (A/CN.4/678, cap. II, secc. E[60], A/CN.4/682[61], A/CN.4/L.869[62])

[Tema 7 del programa]

Tercer informe del Relator Especial

30. El PRESIDENTE invita a Sir Michael Wood, Relator Especial del tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario» a presentar su tercer informe (A/CN.4/682).

31. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que está en desacuerdo con la mayoría de los cambios de estilo introducidos en su texto por los servicios de edición, que a veces han deformado el tono empleado y han desplazado el hincapié hecho en determinados aspectos. También aclara que conviene leer el tercer informe teniendo en cuenta los precedentes[63] y el informe preparado por el Sr. Saboia en 2014 como Presidente del Comité de Redacción[64]. Dice que ha tratado de abordar todas las cuestiones que aún no se habían examinado y quedan englobadas en el ámbito de aplicación del tema, y ruega a los miembros de la Comisión que le comuniquen cualquier posible omisión, teniendo en cuenta la forma de guía práctica que deberá adoptar el resultado de la labor. A medida que esta progresa, surgen vínculos con diversos temas inscritos actualmente o en el pasado en el programa de trabajo de la Comisión, empezando por la relación existente con el tema estudiado de conformidad con el artículo 24 del estatuto de la Comisión, en virtud del cual esta ha de «examina[r] los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho nacional consuetudinario», cuestión que el Relator Especial abordará en su próximo informe. No obstante, esa consideración también se aplica a los temas relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, el *ius cogens* —que, pese a ser un tema distinto, está estrechamente relacionado con el que se examina—, el derecho de los tratados, en particular las reservas, y la fragmentación del derecho internacional. Las declaraciones de las delegaciones participantes en la Sexta Comisión, las respuestas recibidas de algunos Estados a las preguntas que figuran en el capítulo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones anterior[65] y las contribuciones de instituciones universitarias han supuesto aportaciones muy valiosas para la redacción del informe, y convendría que los miembros de la Comisión siguieran alentando a sus Estados y los de su región a compartir la información necesaria.

32. En la introducción del tercer informe se destacan varios aspectos que revisten un interés especial para la labor del período de sesiones en curso, a saber: por una parte, la importancia de encontrar un justo equilibrio entre los proyectos de conclusión y los comentarios, y, por otra, la necesidad de establecer orientaciones claras, conservando al mismo tiempo la flexibilidad de la costumbre como fuente del derecho internacional. Lo mismo cabe decir de la idea, aceptada por varias delegaciones presentes en la Sexta Comisión, de que si bien «al identificar una norma del derecho internacional consuetudinario lo que se deb[e] tomar en cuenta primordialmente [es] la práctica de los Estados», no se debe descuidar la práctica de las organizaciones internacionales, teniendo, no obstante, una especial precaución.

33. De conformidad con la petición hecha tanto en el marco de la Comisión como en la Sexta Comisión, el Relator Especial dedicó el capítulo I del tercer informe a profundizar en la relación entre los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional y concluyó, por una parte, que la existencia de la práctica y de la *opinio iuris* debe examinarse y verificarse por separado, mediante «diferentes pruebas para cada elemento ya que […] 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», y, por otra parte, que el orden temporal de aparición es irrelevante para la formación de una norma consuetudinaria. Además, partiendo de la afirmación que figura en el segundo informe, según la cual «puede haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en dos elementos en diversos campos [del derecho internacional] (o, tal vez más precisamente, con respecto a distintos tipos de normas)»[66], el Relator Especial considera que en algunos casos una forma particular (o instancias particulares) de práctica, o una prueba particular de aceptación como derecho, puede resultar más pertinente que otras, y que en la evaluación de los elementos constitutivos de la costumbre debe tomarse en cuenta el contexto en el que ha surgido y se aplicará la supuesta norma. Por consiguiente, propone agregar un párrafo 2 al proyecto de conclusión 3 [4] que establezca la necesidad de una valoración por separado de la prueba respecto de cada elemento.

[59] En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (*Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672), en el que se proponían, en particular, 11 proyectos de conclusión. En la 3242ª sesión de la Comisión, celebrada el 7 de agosto de 2014, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional de este Comité sobre la «Identificación del derecho internacional consuetudinario», que contenía los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66º período de sesiones.

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

[61] Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).

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

[63] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663 (primer informe); y *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672 (segundo informe).

[64] El informe puede consultarse en el sitio web de la Comisión: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E.

[65] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte).

[66] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672, pág. 129, párr. 28.

34. El capítulo II del tercer informe, centrado en la inacción como práctica y prueba de la aceptación de la práctica como derecho, procede también de una petición formulada en el período de sesiones anterior. Cabe recordar que, aún más que otras formas de práctica, a veces la inacción puede ser difícil de identificar y calificar. Solo permite establecer la aceptación de una práctica como derecho si expresa la aquiescencia de esa práctica, lo que conlleva que la práctica en cuestión requiera una reacción, que el Estado interesado tenga conocimiento de esa práctica o las circunstancias sean tales que se considere que se tiene dicho conocimiento y, por último, que la inacción se prolongue durante un período de tiempo suficiente. Si bien esas consideraciones no exigen la modificación del proyecto de conclusión 6 [7], sí justifican la reformulación del párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, de manera que rece como sigue: «La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias requieran una reacción».

35. El capítulo III del tercer informe está dedicado al papel de los tratados y las resoluciones —entendidos, en un sentido amplio, como las decisiones de las organizaciones internacionales— para establecer la existencia del derecho consuetudinario internacional, ya que, para citar al Magistrado Tomka, «la creciente prevalencia de la expresión de opiniones jurídicas por escrito y de forma precisa […] ha repercutido significativamente»[67] en los medios para establecer la existencia de la costumbre. No obstante, aunque el recurso a esos textos parece una solución fácil, conviene ser prudente y tomar en consideración todas las circunstancias relacionadas con su aprobación, ya que pueden enunciar normas consuetudinarias ya existentes (*lex lata*), aclarar o desarrollar el derecho, o establecer una nueva norma. La evolución del papel de los tratados en la formación e identificación de la costumbre (secc. A) se basa en una amplia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y se refiere a diferentes esferas del derecho internacional. La práctica de las partes en convenios multilaterales, en particular la paradoja de Baxter[68], y la posible pertinencia de los tratados bilaterales también se abordan, y convendría que, aun siendo razonablemente breve, el comentario sobre el proyecto de conclusión 12 propuesto retomara esos aspectos. En cuanto a las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales (secc. B), estas no se examinan desde el punto de vista de la práctica de las organizaciones internacionales como tal, sino como práctica de los Estados o prueba de la *opinio iuris* de los Estados, como suele ser el caso. Aunque en general se admite que las resoluciones desempeñan un papel en la determinación del derecho internacional consuetudinario, esa cuestión ha sido objeto de controversia en el pasado, en particular en relación con el alcance del efecto jurídico de las resoluciones de la Asamblea General, y los esfuerzos de la Asociación de Derecho Internacional en la materia a punto estuvieron también de no llegar a buen puerto en el 69º período de sesiones de la Asociación, celebrado en Londres del 25 al 29 de julio de 2000. No obstante, parece que la mayoría de esas controversias proceden de malentendidos, más que de diferencias de fondo, y, según el Relator Especial, ese aspecto no planteará cuestiones de principio ni dificultades especiales, siempre que tenga en cuenta lo siguiente: que se acepta en general que las resoluciones aprobadas por los Estados en las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, cumplir una función en la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario; que, si bien esas resoluciones no pueden por sí mismas generar derecho internacional consuetudinario, pueden servir de prueba del derecho vigente o emergente; que el establecimiento de si una determinada resolución sirve de prueba es, según la Corte Internacional de Justicia, una tarea que ha de llevarse a cabo «con la cautela necesaria»[69], examinando el contenido y las condiciones de aprobación de la resolución en cuestión y comprobando si existe una *opinio iuris* en cuanto a su carácter normativo; y que, en dicha valoración, la formulación precisa de la resolución y las circunstancias relacionadas con su aprobación son cruciales. El proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones, está formulado en términos más generales que el proyecto dedicado a los tratados (proyecto de conclusión 12), a fin de tener en cuenta el efecto sumamente atenuado de las resoluciones en la materia.

36. El capítulo IV del tercer informe, que lleva al proyecto de conclusión 14, se centra en la jurisprudencia y la doctrina como —de conformidad con los términos empleados en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia— medios subsidiarios para la identificación de las normas de derecho. Si bien el término abarca tanto las decisiones de los tribunales nacionales, que deben tomarse con prudencia y teniendo en cuenta el lugar que ocupa la jurisdicción de que se trate en el ordenamiento jurídico, como las decisiones de los tribunales internacionales, estas últimas revisten una importancia particular, en especial las de la Corte Internacional de Justicia como órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Por su parte, la doctrina sigue siendo una fuente de información y de análisis útil, y tal vez sería el momento oportuno para mencionar la labor de la Comisión, siempre que se distinga entre lo relativo a la *lex lata* y a la *lex ferenda*.

37. El capítulo V, sin duda el más delicado del tercer informe, se hace eco del deseo expresado en el período de sesiones anterior por los miembros del Comité de Redacción de revisar el proyecto de conclusión 4 [5] sobre la base de un análisis de la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en relación con la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Al término de ese análisis, el Relator Especial consideró que no era conveniente modificar el párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 [5], relativo a las organizaciones internacionales, pero propone suprimir, en el primer párrafo, la afirmación de que una práctica general significa que es «principalmente» la práctica de los Estados la que contribuye a la identificación de las normas consuetudinarias, e insertar un tercer párrafo que diga lo siguiente: «El comportamiento de otros actores no estatales no constituye una práctica a los efectos de

[67] P. Tomka, «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), págs. 195 a 216, en especial pág. 196.

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

[69] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, pág. 100, párr. 188.

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

normas consuetudinarias en que los dos elementos están suficientemente presentes, otros conjuntos de normas sustentados en una práctica abundante de los Estados pueden no estar suficientemente apoyados por la *opinio iuris*, y muchas normas claramente apoyadas por la *opinio iuris* en el plano mundial no están suficientemente respaldadas por los Estados como para ser consideradas normas arraigadas de derecho internacional consuetudinario. En cuanto a la afirmación que hace el Relator Especial en la nota a pie de página al final de la tercera frase del párrafo 16 de su tercer informe, tal vez no sea del todo apropiado. En circunstancias excepcionales, puede suceder que la *opinio iuris* (y no solo la *opinio*) preceda a la práctica de los Estados y que, cuando la segunda sigue sin ser suficiente, la primera se considere un elemento adicional para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, de conformidad con la sección 19 de la Declaración de Londres de la Asociación de Derecho Internacional[75]. En cualquier caso, un enfoque demasiado rígido de la relación entre ambos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario impediría su buen desarrollo, por lo que el orador desea insistir una vez más en la necesidad de mostrar flexibilidad.

4. Con respecto al proyecto de conclusión 13, relativo a las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, el orador se hace eco de la distinción hecha por el Relator Especial en el párrafo 72 del informe y conviene en que la práctica externa de la organización es la pertinente para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. No obstante, la práctica ulteriormente seguida por una organización puede incidir en los efectos externos del derecho consuetudinario creado por esta, por lo que debería abordarse en un proyecto de conclusión. Además, si bien en el período de sesiones anterior la Comisión decidió con acierto no definir la expresión «organización internacional», no podrá ahorrarse precisiones sobre las conferencias internacionales, habida cuenta de su gran diversidad. Para ello, podría inspirarse en la sección 33 de la Declaración de Londres de la Asociación de Derecho Internacional y hablar de «conferencias internacionales de carácter universal».

5. En lo que respecta a la relación entre los tratados y la costumbre, el orador considera indispensable referirse al artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 y lamenta que ese artículo solo sea objeto de una breve mención en la nota a pie de página al final de la primera frase del párrafo 39 del tercer informe. Diversos autores, entre ellos el Magistrado Gaja, han señalado a la atención cuestiones importantes planteadas por esa disposición. Esas cuestiones deberían ser examinadas en profundidad en el marco de la labor sobre el tema, en particular el sentido de la expresión «reconocida como tal». En cuanto al proyecto de conclusión 12, tal vez sea conveniente reemplazar o completar, en la frase introductoria, el término «reflejar», que es puramente descriptivo y no tiene alcance normativo. Dado que el aspecto esencial es determinar si una disposición convencional vincula a los Estados como norma consuetudinaria, se podría modificar la oración introductoria de manera que diga lo siguiente: «La disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario vinculante para terceros, …». Aunque el orador se felicita de que el Relator Especial hable de «norma emergente de derecho internacional consuetudinario» en el apartado *b*, no está seguro de entender el significado de la expresión «nueva norma de derecho internacional consuetudinario» que figura en el apartado *c*, que le parece aún más innecesaria en la medida en que esa «nueva norma» ya queda incluida en la expresión «norma emergente». También considera que, en ese proyecto de conclusión, habría que indicar que las disposiciones convencionales de «carácter fundamentalmente normativo», no todas, pueden crear nuevas normas de derecho internacional consuetudinario, como señaló con acierto la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*.

6. Las nuevas normas de derecho internacional consuetudinario o las normas emergentes de derecho internacional consuetudinario no se derivan únicamente de los tratados, sino también de medidas unilaterales de los Estados (como es sabido, el régimen de la plataforma continental proviene de las medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos en una proclamación hecha por el Presidente Truman en 1945[76]). El orador espera que la Comisión aborde esa cuestión separadamente de la cristalización del derecho consuetudinario basado en los tratados. No obstante, el examen de ese aspecto del derecho internacional consuetudinario emergente no implica que se deba volver al estudio de la «formación» del derecho internacional consuetudinario, inicialmente propuesto por el Relator Especial y después abandonado.

7. En cuanto al proyecto de conclusión 15, el orador duda de la conveniencia de abordar en él la cuestión de la costumbre particular. Aunque reconoce la existencia de tal concepto, considera que la determinación de una costumbre particular, sea bilateral, regional o local, es un problema que concierne principalmente a un determinado grupo de Estados y que la Comisión debería atenerse al «derecho consuetudinario general», como ha hecho la Asociación de Derecho Internacional en la Declaración de Londres.

8. Por último, en relación con el proyecto de conclusión 16, el orador considera que la doctrina del objetor persistente no es pertinente para la identificación del derecho internacional consuetudinario, pero plantea, ante todo, la cuestión de la «aplicación» de algunas de sus normas. Salvo excepciones, esa doctrina nunca ha estado suficientemente respaldada por la práctica general de los Estados ni por la jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales, aparte de referirse a la aplicación de normas relativas a la «aquiescencia»,

[75] «London Statement of principles applicable to the formation of general customary international law» (Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General), aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en su resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), de 29 de julio de 2000. Véase International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39. La Declaración de Londres aparece reproducida en ibíd., págs. 712 a 777, y puede consultarse en el sitio web de la Asociación de Derecho Internacional: www.ila-hq.org/.

[76] «Policy of the United States with respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf», proclamación de 28 de septiembre de 1945, *United States at Large, 1945*, vol. 59, parte 2, pág. 884.

el «*estoppel*» y la «oponibilidad» (y quizás también la admisibilidad). En opinión del orador, la doctrina del objetor persistente pone en peligro la aplicabilidad general del derecho internacional consuetudinario y puede provocar su erosión si se utiliza con creciente frecuencia. En cualquier caso, si el Relator Especial decide apoyarse en esa doctrina, será preciso imponer una serie de condiciones a su aplicación y exigir que la objeción sea persistente y coherente, se exprese públicamente, se mantenga de manera efectiva y vaya acompañada de actos concretos. Asimismo, habrá que precisar qué tipo de normas de derecho internacional pueden ser objeto de objeciones. El Relator Especial también indica que no puede haber una «objeción ulterior», es decir, una objeción formulada una vez que la norma consuetudinaria ha cristalizado, pero ¿qué sucede con el Estado que ha accedido recientemente a la independencia y parte de cero con respecto a los tratados ratificados por su predecesor? ¿Acaso no tiene derecho a oponerse a las normas consuetudinarias cristalizadas cuando aún no era independiente?

9. En conclusión, el orador afirma que, dada la complejidad de las cuestiones que hay en juego, la Comisión debería evitar aprobar conclusiones precipitadas, y considera que sería inapropiado apresurarse a finalizar la labor en 2016. En efecto, el tema se examina en profundidad en el tercer informe, pero las cuestiones relativas a las normas emergentes de derecho internacional consuetudinario exigen un estudio aún más detenido. Por esa razón, si bien aprueba la remisión de los proyectos de conclusión propuestos al Comité de Redacción —aunque tiene reservas en relación con los proyectos de conclusión 15 y 16— el orador invita al Relator Especial a mostrar prudencia y paciencia.

10. El Sr. HASSOUNA dice que el tercer informe del Relator Especial es un documento bien escrito, bien argumentado y bien documentado, aunque la profusión y extensión de las notas tienden a hacer olvidar la formulación concisa del cuerpo del texto. Felicita al Relator Especial por la claridad con la que trata las complejas cuestiones que plantea el tema y por la impresionante cantidad de referencias que presenta para sustentar los proyectos de conclusión propuestos, pero señala que esos proyectos de texto no siempre ofrecen indicaciones suficientemente claras con respecto al objeto de la labor de la Comisión, a saber, la elaboración de una guía práctica para ayudar a los juristas a identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Tal es el caso, entre otros, del proyecto de conclusión 12, cuya utilidad parece limitada, y que podría, por ejemplo, referirse a las indicaciones de los trabajos preparatorios para contribuir a determinar si las partes en un tratado consideraban que alguna de sus disposiciones reflejaba el derecho internacional vigente, precisar que la disposición convencional debe ser de carácter normativo o mencionar la importancia de la posibilidad de que las partes en el tratado formulen reservas.

11. El proyecto de conclusión 13 no es suficientemente preciso, pues no indica en qué circunstancias las resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales o en las conferencias internacionales pueden constatar el derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo. Así, sería útil incluir una lista no exhaustiva de los elementos enumerados en el informe que conviene tener en cuenta para determinar si una resolución es o no de carácter normativo —como la forma en que está redactada la resolución, el método empleado para aprobarla y, en su caso, adoptar el resultado de la votación— y recordar que la resolución en cuestión también debe ser observada en la práctica de los Estados.

12. La misma falta de precisión caracteriza el proyecto de conclusión 14, que se limita a repetir las disposiciones del párrafo 1 *d* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando podría establecer una distinción entre las decisiones de los tribunales nacionales y las de los internacionales, y precisar, como se indica en el tercer informe, que las primeras pueden desempeñar un doble papel, no solo como práctica de los Estados, sino también como forma de determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Aunque la necesidad de «mantener la flexibilidad inherente de la costumbre como fuente de derecho internacional» justifica que las conclusiones, que deben leerse juntamente con sus comentarios, sean redactadas en términos generales, el orador cree que los textos de los proyectos de conclusión propuestos ganarían mucho si fueran más precisos. La propia AALCO ha hecho hincapié en ese aspecto y ha pedido a la Comisión que elabore proyectos de texto y comentarios más precisos y concretos.

13. En cuanto a los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, en el tercer informe se dice que el enfoque de los dos elementos se aplica a la formación y la identificación de todas las normas de derecho internacional consuetudinario, pero que puede haber una diferencia en la aplicación de ese enfoque en diversos campos del derecho internacional. El orador lamenta que el proyecto de conclusión no refleje ese aspecto importante, tratado, por lo demás, un poco rápido en el informe. La afirmación de que el enfoque de los dos elementos se puede aplicar de manera diferente según la rama del derecho internacional de que se trate sigue siendo controvertida en la doctrina y plantea numerosas dificultades, como la de saber cuáles son las esferas del derecho internacional concernidas y quién las determina. En opinión del orador, es arriesgado dejar en manos de los jueces internacionales, que deben aplicar y no crear las normas de derecho internacional consuetudinario, la tarea de resolver esas cuestiones, a riesgo de que sustituyan su criterio por el de los Estados, que siguen siendo las principales fuentes de derecho internacional, aparte de que aún no existe una jurisdicción general y obligatoria encargada de la aplicación del derecho internacional. Corresponde a la Comisión solucionar esas cuestiones, ya que la simple mención de la aplicación dispar del enfoque de los dos elementos en derecho internacional consuetudinario no aclarará nada al jurista que debe identificar la existencia de normas consuetudinarias. Las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión en 2014 confirman, además, la necesidad de profundizar en esa cuestión, puesto que, aunque varias delegaciones afirmaron que, en algunos ámbitos, la presencia de uno solo de esos elementos bastaba para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario no respaldada por la práctica, otras propusieron estudiar las diferencias respecto del peso otorgado a ambos elementos en ámbitos concretos del derecho internacional. No

obstante, el Relator Especial no trata la cuestión de la manera de determinar el peso respectivo de los dos elementos. En el párrafo 15 de su tercer informe, destaca la importancia de la distinción entre los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, pero, aunque reconoce que puede haber superposición, no indica ningún criterio concreto o método para valorar las pruebas específicas de cada uno de ellos. Del mismo modo, dado que en el párrafo 17 se menciona el carácter flexible y circunstancial de las normas consuetudinarias, sería conveniente especificar en el comentario las circunstancias objetivas que pueden variar el efecto.

14. En cuanto al proyecto de conclusión 11, el orador señala que el Relator Especial ha tratado de responder a las preguntas formuladas por los miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior y de aclarar, con la modificación del párrafo 3, las circunstancias en que la inacción puede servir como prueba de la aceptación como derecho, es decir, siempre que las circunstancias exijan alguna reacción. No obstante, invita a que se reformule ese párrafo para que refleje elementos importantes relacionados con la inacción que figuran en el informe y, en particular, para que arroje luz sobre tres elementos fundamentales, a saber: que la inacción persistente y a largo plazo puede servir de prueba de la aceptación como derecho, que el Estado ha tenido o debería haber tenido conocimiento de las circunstancias de que se trate y que la situación exige generalmente alguna reacción.

15. El orador aprueba la propuesta de incluir la labor de la Comisión de Derecho Internacional, como órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la quinta parte del proyecto de conclusiones, titulada «Formas particulares de práctica y prueba». En cuanto al proyecto de conclusión 13, el Relator Especial señala que se prestará una atención especial a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pues se trata de una instancia de participación casi universal, cuyas resoluciones pueden resultar particularmente útiles para dar relevancia al derecho internacional o promoverlo, pero no dice nada sobre el peso de las resoluciones de otras organizaciones internacionales, que también representan en gran medida a los Estados, con respecto al establecimiento de la existencia de normas generales de derecho internacional consuetudinario. No obstante, en general se admite que las resoluciones aprobadas por los Estados en organizaciones internacionales y en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, desempeñar un papel en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. En ese contexto, el término «circunstancias», empleado en el proyecto de conclusión 13, debería aclararse en el proyecto de texto o en su comentario.

16. Con respecto al proyecto de conclusión 14, el orador observa que, en el párrafo 60 del informe, se indica que el peso de las decisiones de las cortes y los tribunales internacionales varía según la calidad del razonamiento, la composición del órgano jurisdiccional y el número de magistrados que haya constituido la mayoría para adoptar la decisión. En su opinión, algunas de esas condiciones no solo son demasiado subjetivas, sino que plantean la cuestión de determinar qué parte puede evaluarlas y en función de qué. En el párrafo 62 del informe, se afirma, además, que el papel de la doctrina depende de la calidad de los textos, un criterio que también resulta difícil de evaluar objetivamente.

17. Si bien los argumentos expuestos por el Relator Especial a fin de justificar la relevancia de la práctica de las organizaciones internacionales para la identificación del derecho internacional consuetudinario son convincentes, no parece haber acuerdo sobre la función autónoma de dichas organizaciones a ese respecto, lo que debería mencionarse en el comentario. En cuanto al proyecto de conclusión 15, el orador opina que el Comité de Redacción debería determinar qué expresión —«costumbre particular», «costumbre especial» o «costumbre regional»— es la más adecuada. En el párrafo 1, el Comité de Redacción también podría reemplazar las palabras «por ciertos Estados y contra ellos» por «entre Estados», y sería conveniente que el Relator Especial explicara cómo puede una norma consuetudinaria particular evolucionar con el tiempo para convertirse en una norma general de derecho internacional consuetudinario o, a la inversa, en contraria a tal norma. El orador considera que el proyecto de conclusión 16 está incompleto porque no indica si el objetor persistente puede eludir indefinidamente la fuerza vinculante de la norma consuetudinaria a la que se opone. También debería examinarse la cuestión de cómo se aplica la norma del objetor persistente en el contexto de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), incluido el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, el orador toma nota con satisfacción de que el Relator Especial tiene intención de finalizar la labor sobre este tema en 2016, si bien no se precipitará si considera que se necesita más tiempo. También celebra que el Relator Especial haya expresado la voluntad de examinar, en paralelo a los proyectos de conclusión y los comentarios, los medios prácticos para hacer más accesible la documentación que permite establecer la existencia de la práctica general y la aceptación como derecho. En conclusión, está de acuerdo en que se remitan al Comité de Redacción los ocho proyectos de conclusión propuestos.

18. El Sr. WISNUMURTI agradece al Relator Especial su tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y la presentación que hizo al respecto en una sesión anterior. Observa con satisfacción que ese informe contiene una serie completa de proyectos de conclusión particularmente útiles y señala que el enfoque de los dos elementos fue apoyado en la Sexta Comisión. Antes de pasar a comentar los proyectos de conclusión propiamente dichos, desearía subrayar, en general, que habrá que velar por que esos proyectos de texto se redacten con claridad para que los juristas, en especial los que no son especialistas en derecho internacional consuetudinario, puedan entenderlos.

19. Con respecto al proyecto de conclusión 3 [4], el orador señala que el Relator Especial ha tratado de aclarar más la relación entre los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional. Está de acuerdo en que, si bien son inseparables, cada elemento se ha de determinar por separado, como se indica en el párrafo 2. Aunque comparte las dudas del Sr. Tladi sobre la distinción, en su opinión demasiado rígida, que se hace en el párrafo 15 del informe entre la prueba de la práctica y la prueba de la aceptación

de esa práctica como derecho, puede aprobar la manera en que está redactado el párrafo 2, en el que se podría suprimir la expresión «[p]or lo general», que no es suficientemente concreta y puede inducir a error al intérprete. El proyecto de conclusión 11 tampoco es lo bastante preciso y debería reformularse para reflejar plenamente las condiciones establecidas en los párrafos 23, 24 y 25 del informe. En cuanto al proyecto de conclusión 12, el orador dice que los apartados *a* y *b* no le plantean ningún problema, pero el apartado *c* quizás no esté redactado con suficiente claridad para el intérprete. En relación con el proyecto de conclusión 13, se felicita de la prudencia mostrada por el Relator Especial al indicar que las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales no pueden «por sí mismas» constituir derecho internacional consuetudinario.

20. En cuanto al proyecto de conclusión 14, el orador toma nota con satisfacción de que el Relator Especial ha tenido debidamente en cuenta la necesidad de tomar en consideración que la importancia real de la jurisprudencia depende del peso otorgado a cada decisión. Lo mismo cabe decir de los trabajos individuales de la doctrina.

21. En relación con el papel de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho consuetudinario, que se aborda en el capítulo V del tercer informe, es importante subrayar la distinción establecida por el Relator Especial entre el comportamiento de la organización relativo a su funcionamiento interno y el comportamiento de la organización en sus relaciones con los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades, siendo el segundo el único pertinente para la determinación de la costumbre. Asimismo, en el informe también se dice con acierto que los actos de las organizaciones internacionales pueden reflejar la práctica y las convicciones de sus Estados miembros y que, por lo tanto, pueden constituir práctica de los Estados o prueba de *opinio iuris*. Aunque el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5] no parece suficientemente fundamentado, se trata de una cláusula de exclusión esencial que sirve para completar las disposiciones del proyecto de texto. Como propuso el Relator Especial, convendría omitir el término «principalmente» que figura en el párrafo 1 de ese proyecto de conclusión.

22. Si bien acoge con agrado el proyecto de conclusión 15, relativo a la costumbre particular, lamenta que no concrete el ámbito de aplicación, lo que podría remediarse modificando su párrafo 1 para que diga lo siguiente: «Una costumbre particular, manifestación de una costumbre regional o local, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo puede ser invocada por ciertos Estados y contra ellos».

23. Por último, el orador recuerda que la regla de objetor persistente es fundamental para preservar el carácter consensual del derecho internacional consuetudinario y dice que respalda el proyecto de conclusión 16, siempre que el objetor persistente dé a conocer ampliamente su posición. Concluye apoyando la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

24. El Sr. CAFLISCH dice que el tercer informe del Relator Especial es valioso, claro e interesante y se caracteriza por una moderación y prudencia oportunas.

25. En cuanto al proyecto de conclusión 14, relativo a la jurisprudencia y la doctrina, el Relator Especial ha elegido sabiamente utilizar una fórmula neutra sin remitir, como hace el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a las «doctrinas de los publicistas de mayor competencia», que son difíciles de identificar. También incluye con acierto en la jurisprudencia las decisiones internacionales, como las decisiones internas, pese a que estas últimas son ciertamente menos fehacientes (aunque quepa argumentar que ponen de manifiesto también la «práctica» de los Estados). Además, si bien es cierto que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia gozan de un prestigio especial porque proceden del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, conviene recordar la falta de una jerarquía formal entre las instancias jurisdiccionales internacionales y no subestimar la importancia de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales permanentes ni de los laudos arbitrales.

26. En lo que respecta al nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], cabe preguntarse si no hay otras entidades, que no sean los Estados o las organizaciones internacionales, a las que se confíen determinadas funciones, y que, en el marco de dichas funciones, puedan desarrollar prácticas que contribuyan a la formación y la prueba de las normas consuetudinarias. Tal podría ser el caso, en particular, del CICR.

27. En cuanto a la «costumbre regional o subregional» y la «costumbre bilateral», abordadas en el proyecto de conclusión 15, cabe cuestionar su carácter. La primera, que parece basada en la práctica de los Estados de una región o una subregión geográfica, solo se aplica a los Estados de esa zona que la reconozcan y, por tanto, no se aplica necesariamente a toda la región o subregión. No obstante, los Estados situados fuera de ese marco geográfico pueden unirse a ella. En otras palabras, la aceptación de la norma en cuestión es lo que determina el ámbito de aplicación; así pues, se basa en el consentimiento de los Estados y forma parte del ámbito convencional más que del consuetudinario. Lo mismo sucede con la costumbre bilateral, que se deriva de comportamientos consuetudinarios concordantes, es decir, por tanto, si se quiere, de acuerdos bilaterales tácitos o concluyentes, cuya verdadera naturaleza es casi convencional. Por eso el Relator Especial habla con acierto de las costumbres particulares. No obstante, cabe preguntarse si nos encontramos ante auténticas normas consuetudinarias o ante normas convencionales «latentes», aunque esa cuestión no parece preocupar a la comunidad internacional, que vive desde hace muchos años con la idea de que se trata de un fenómeno consuetudinario.

28. No parece oportuno que la Comisión se haga eco de la teoría del objetor persistente, que tiene poco apoyo a escala internacional, más allá del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa de las *Pesquerías* en 1951. Además, esa teoría parece potencialmente destructora del orden jurídico internacional, ya que basa todo el derecho internacional, convencional y consuetudinario en el consentimiento de cada Estado. No obstante, es difícil admitir que un Estado pueda eludir indefinidamente la aplicación de una norma consuetudinaria de carácter universal formada de manera válida, pues

la comunidad internacional se sumiría en una situación que creíamos superada desde hace mucho tiempo, en la que prevalecía la idea de un orden jurídico puramente voluntarista. Si la Comisión decidiese, no obstante, mantener el proyecto de conclusión 16, debería aclarar cuál sería su relación con las normas de *ius cogens*, como ha señalado el Sr. Hassouna. También sería posible y conveniente modificar el texto actual del proyecto de conclusión 8 [9], exigiendo, para establecer la costumbre, una práctica y una *opinio iuris* no solo ampliamente, sino «abrumadoramente» (*overwhelming*), mayoritarias de la comunidad internacional.

29. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ felicita al Relator Especial por la claridad de su tercer informe y valor añadido que le ha conferido al intentar ofrecer soluciones a los problemas planteados por algunos miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior.

30. A título de observaciones generales, recuerda que el alcance del tema dio lugar a un importante debate en 2013 que llevó, incluso, a la modificación del propio título[77], que consistió en limitar su alcance a la «identificación», dejando fuera la cuestión de la formación de la costumbre. De conformidad con el objetivo fijado por el proyecto de conclusiones, a saber, ofrecer a los operadores jurídicos una guía útil que les permita identificar si una costumbre internacional existe o no y cuál es su contenido, se trata, por tanto, de enfocar el tema desde la perspectiva de la prueba de la costumbre y no desde la perspectiva de la formación de la misma. Sin embargo, el Relator Especial no ha logrado plasmar ese enfoque y un buen número de párrafos del informe, en particular, los capítulos V, VI y VII se refieren a la formación (nacimiento) de la costumbre y abordan cuestiones generales de tipo conceptual o relativas a la obligatoriedad u oponibilidad de la misma. A fin de evitar que se produzcan equívocos, sería conveniente que se siguiera manteniendo el concepto de «identificación» como lema esencial del trabajo sobre este tema y que los proyectos de conclusión no incluyesen el término «formación». También es preciso que el término «identificación», empleado en la versión española, se utilice de forma homogénea y coherente, en lugar de los términos «determinación» o «determinar», que figuran en los proyectos de conclusión 3 [4], párrafo 2, 14 y 15, párrafo 2.

31. El programa de trabajo sugerido por el Relator Especial parece exageradamente ambicioso. Como ya se ha dicho, el tema tiene la suficiente importancia para que la Comisión se dé tiempo para reflexionar y no se aventure a dejar cuestiones no suficientemente tratadas por el empeño de acabar un tema dentro de un quinquenio. Además, la intención del Relator Especial de examinar en su cuarto informe los medios prácticos de mejorar la disponibilidad de los materiales a partir de los cuales puede determinarse una práctica general y la aceptación como derecho, suscita dudas a la oradora. ¿Se trata de elaborar una lista de los medios ya existentes a través de los cuales se puede acceder a la prueba o, por el contrario, de proponer mecanismos nuevos que faciliten el acceso a la prueba en el futuro? ¿Qué sucedería con el requisito irrenunciable del acceso universal a la información pertinente? A la oradora le preocupa que tales mecanismos no sean alimentados por todos los Estados, que no tengan en cuenta la práctica y la *opinio iuris* de todos ellos, y que, por ello, puedan influir negativamente en la sobrerrepresentación de los «Estados más poderosos». Está segura de que el Relator Especial tendrá respuesta para sus dudas al presentar el resumen de los debates, proporcionando así un anticipo de su próximo informe.

32. En cuanto a los proyectos de conclusión, la oradora dice que comparte, en líneas generales, el contenido del nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], aunque, en la versión española, el empleo del calificativo «específica» antes de las palabras «referente a cada elemento» le parece innecesario y redundante. En relación con el proyecto de conclusión 4 [5], tiene serias dudas de que el capítulo V del informe responda adecuadamente a la preocupación expresada por los miembros de la Comisión en el período de sesiones anterior sobre el papel de la práctica de las organizaciones internacionales. En efecto, el Relator Especial hace un fuerte énfasis en el componente estatal de esa práctica, sin analizar con claridad qué práctica de la organización, entendida en sentido estricto, puede ser relevante para identificar la costumbre internacional. Ese capítulo está más orientado a analizar la contribución de la práctica de las organizaciones internacionales a la formación de la costumbre que a la identificación de la misma, y del mismo resulta muy difícil concluir cuáles son las directrices prácticas que se pueden ofrecer a un operador jurídico para determinar qué práctica, de qué órganos y en qué circunstancias, puede ser útil para identificar la costumbre. Por otro lado, incluso desde la perspectiva de la formación de la costumbre, algunos argumentos del Relator Especial le parecen poco convincentes, pudiendo llegar a incurrir incluso en alguna contradicción. Así, en el párrafo 72 del tercer informe se afirma que la práctica interna de una organización puede dar lugar a «una especie de derecho consuetudinario de la organización, creado por esta última y aplicable solo a ella» y, en la primera nota a pie de página de ese párrafo, se señala que «[e]ste tipo de “costumbre” va más allá del alcance del presente tema», sin que se ofrezca ninguna razón que avale dicha afirmación. Sin embargo, el párrafo 76 se refiere a la práctica de los organismos administrativos y operativos de una organización internacional afirmando que su práctica puede ser relevante en determinadas circunstancias para contribuir a la formación y la identificación de una costumbre. Junto a ello, en el párrafo 72 se menciona la práctica externa de las organizaciones internacionales como la que realmente puede ser pertinente para la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario, pero posteriormente no se explica la razón. Pese a los estudios realizados, el Relator Especial ha considerado que no es preciso modificar el párrafo 2 del proyecto de conclusión 4 [5], cuyo texto es ambiguo y ofrece poca orientación a los operadores jurídicos. Por ello, sería necesario modificar su redacción, suprimiendo la expresión «[e]n ciertos casos» del comienzo, a fin de aminorar el carácter vago e impreciso del proyecto de conclusión, e incluir en los comentarios orientaciones más precisas sobre las circunstancias en que la práctica de las organizaciones

[77] En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió cambiar el título del tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario» por el de «Identificación del derecho internacional consuetudinario» (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 65).

internacionales puede ser tenida en cuenta para la identificación de normas consuetudinarias. Por lo que se refiere a la propuesta de suprimir en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 4 [5] el término «principalmente», la oradora no puede compartirla, ya que su supresión produciría el efecto de calificar a la práctica de los Estados como la única práctica relevante a los fines de la identificación del derecho consuetudinario. Sin embargo, considera que debería suprimirse la referencia a la formación de la costumbre que figura en el nuevo párrafo 3 y en los otros párrafos del proyecto de conclusión 4 [5].

33. La oradora comparte el planteamiento que subyace al párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, aunque sería útil que el Comité de Redacción reflexionara sobre los términos exactos en que el proyecto de conclusión debe referirse a las circunstancias que hacen que dicha inacción sea relevante. Comparte igualmente el contenido del proyecto de conclusión 12, que recoge la clásica doctrina de la interacción entre tratado y costumbre, pero, en su opinión, el párrafo introductorio debería ser modificado para suprimir las palabras «o llegar a reflejar», que hacen referencia más al proceso de formación que al proceso de identificación, en el que el tratado a considerar ya existe y, por tanto, ya refleja la norma consuetudinaria para cuya identificación se utiliza el tratado como medio de prueba.

34. La redacción del proyecto de conclusión 13, en el que el Relator Especial sigue con acierto un estrecho paralelismo entre los tratados y las resoluciones aprobadas por organizaciones y en conferencias internacionales, no parece satisfactoria a la oradora por las siguientes razones. En primer lugar, contiene elementos que están directamente vinculados con la formación de la costumbre y que no guardan relación con su identificación, por lo que considera necesario que se supriman las frases «o contribuir a su desarrollo» y «no pueden, por sí mismas constituir ese derecho». En segundo lugar, la redacción es demasiado genérica, empleando la expresión «en algunas circunstancias», que no ofrece elementos de guía al lector. Sería más útil seguir un modelo similar al del proyecto de conclusión 12, máxime cuando el Relator Especial se ha apoyado también en la clásica doctrina de la triple interacción entre la costumbre y las resoluciones de organismos internacionales. En cualquier caso, sería necesario que se ofrezcan guías más precisas en el comentario del proyecto de conclusión, que incorporen un tratamiento específico del significado probatorio de las declaraciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ejemplos de otras resoluciones distintas de las de esa instancia.

35. Aunque el tenor literal del proyecto de conclusión 14 le parece aceptable, la oradora desea unirse a las voces de otros miembros que han señalado que los trabajos de la Comisión no pueden, en ningún caso, ser calificados de mera doctrina. Por el contrario, la naturaleza y el mandato de la Comisión obligan a darle un tratamiento autónomo, que tendría mejor acomodo en los proyectos de conclusión sobre la práctica de las organizaciones internacionales o el papel de los tratados.

36. El título de la sexta parte del proyecto de conclusiones es oscuro y, de nuevo, tiene poco que ver con la definición de criterios que permitan identificar la costumbre. Aunque es obvio que tanto la costumbre particular como la figura del objetor persistente deben abordarse, el tratamiento de ambas categorías debe realizarse desde la perspectiva de clarificar si existen criterios específicos que deban aplicarse para la identificación de una costumbre particular o para identificar a un determinado Estado como objetor persistente. Tanto el párrafo 1 del proyecto de conclusión 15 como el proyecto de conclusión 16 se inclinan hacia la naturaleza, obligatoriedad y oponibilidad de la costumbre, cuando sería más adecuado poner el énfasis en la posible especificidad de los medios de prueba de la costumbre particular o en la necesidad de identificar tanto la práctica general como la *opinio iuris* en relación con todos y cada uno de los Estados a los que la costumbre particular presuntamente obliga. Lamentablemente, ese último aspecto no es objeto de un tratamiento específico en el tercer informe y aparece únicamente en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15. En consecuencia, la oradora considera necesario que ese proyecto de conclusión se revise en su totalidad, eliminando el párrafo 1 y dando una formulación más clara al párrafo 2. Por lo que se refiere al objetor persistente, el tratamiento dado a dicha institución en el informe es confuso, mezclándose casos de la práctica que se refieren a auténticos supuestos de objetor persistente con otros que se refieren a los criterios de oponibilidad de una costumbre particular. Aunque comprende la idea que subyace a este enfoque, considera que ello puede generar importantes problemas de comprensión e interpretación al operador jurídico que quiera utilizar el proyecto. Otro tanto cabe decir del proyecto de conclusión 16 en sí mismo considerado, que se limita a describir el efecto de la institución del objetor persistente, sin añadir ningún criterio que pueda ser utilizado para identificar si un determinado Estado ha de ser considerado como objetor persistente en relación con una determinada costumbre. En consecuencia, sería deseable que el Relator Especial reformulase ese proyecto para adecuarlo al objeto que persigue la Comisión.

37. Para terminar, la oradora desea expresar su apoyo al envío de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción, en el entendimiento de que este tendrá en cuenta todas las observaciones formuladas en sesión plenaria.

38. El Sr. TLADI señala, a propósito de la modificación que se hizo en 2013 al título del tema que se examina, que el propósito de la Comisión no era cambiar la orientación de la labor en cuanto al fondo, sino simplemente solucionar un problema planteado por la traducción al francés del término inglés «*formation*».

39. El Sr. NOLTE, que cita el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, recuerda que hubo acuerdo general en que, aun cuando se cambiase el título del tema, era conveniente incluir los elementos de la formación y la identificación del derecho internacional consuetudinario en su ámbito de aplicación[78].

40. El Sr. FORTEAU dice que el cambio de título no respondió únicamente a una preocupación lingüística y que, habida cuenta del objetivo fijado para su labor,

[78] Ibíd., pág. 71, párr. 76.

la Comisión acordó que, si bien el tema examinado no concernía a la descripción de la formación de las normas consuetudinarias en sí, atañía tanto a la prueba de esas normas como a la definición del régimen aplicable a los elementos que forman la costumbre.

41. Sir Michael WOOD (Relator Especial), aunque reconoce que el sentido de ese cambio se le escapa un tanto, comparte la opinión del Sr. Forteau. El tema debe centrarse en la determinación de la costumbre con miras a orientar a los profesionales que tratan de establecer la existencia de normas consuetudinarias, pero, al hacerlo, puede que tengan que preguntarse si ha habido formación o no de las normas consuetudinarias en cuestión. Así pues, la identificación y formación de la costumbre no pueden estar completamente disociadas. No obstante, la Comisión debe abstenerse de abordar el terreno sociológico del nacimiento de las normas consuetudinarias. Lo mejor sería adoptar una actitud pragmática y, mientras se avanza en el examen del tercer informe, decidir caso por caso si conviene o no hablar de la formación.

42. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ aclara que, al hacer hincapié en la necesidad de distinguir entre la formación y la identificación, no quiere decir que la determinación de si se ha formado o no una costumbre no deba ser tenida en cuenta como elemento de prueba de la existencia de esa costumbre. No obstante, ni la labor del Relator Especial, ni los proyectos de conclusión han de centrarse en esa cuestión, que debe seguir siendo de carácter instrumental. Esto es tanto más cierto cuanto que sería peligroso tratar de identificar las condiciones generales de la formación de la costumbre, a riesgo de hacer creer que la Comisión tiene la intención de introducir nuevos elementos en el mecanismo bien arraigado de formación de una norma internacional.

43. El Sr. SABOIA felicita al Relator Especial por la excelente calidad de su tercer informe sobre la determinación del derecho internacional consuetudinario. Comparte la idea, expresada en el capítulo I, de que los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional son inseparables pero deben examinarse y verificarse por separado, así como el reconocimiento que se hace en los párrafos 16 y 17 del hecho de que tanto el orden temporal de aparición de la práctica de los Estados y de la *opinio iuris* como su posible influencia recíproca pueden variar dependiendo de las circunstancias y la rama del derecho internacional de que se trate. Considera que, aunque el término «formación» haya sido eliminado del título del tema, la cuestión de la formación del derecho internacional consuetudinario debería recibir toda la atención que proceda en la futura labor. Aprueba el nuevo párrafo 2 que se propone añadir en el proyecto de conclusión 3 [4].

44. El orador está de acuerdo con la manera en que el Relator Especial ha abordado los efectos de la inacción en la determinación del derecho internacional consuetudinario. Aunque considera que las circunstancias en que la inacción puede servir de prueba de la aceptación están bien explicadas en los párrafos 23 y 24 del informe e ilustradas con los ejemplos ofrecidos en las notas a pie de página correspondientes, propone, para responder a la solicitud de aclaraciones del Sr. Tladi a ese respecto, que esas circunstancias se especifiquen en el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 11. En relación con el capítulo III, considera que el Relator Especial ha sabido encontrar un justo equilibrio entre el creciente papel desempeñado por algunas categorías de tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario y la necesidad de tener debidamente en cuenta otros factores y circunstancias pertinentes, en particular la práctica de los Estados, y suscribe el proyecto de conclusión 12. En la parte de ese capítulo dedicada a las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales y en conferencias internacionales, el Relator Especial analiza con acierto las circunstancias y los factores en virtud de los cuales esos documentos, que no son en sí mismos jurídicamente vinculantes, pueden desempeñar una función importante en la formación, la cristalización y la identificación del derecho internacional consuetudinario, sin dejar de lado otros factores determinantes, en particular la práctica de los Estados pero también las condiciones en que se aprobaron esas resoluciones. No obstante, el orador cree que el proyecto de conclusión 13 podría traducir en términos más contundentes la incidencia práctica de esas resoluciones, que parece reconocerse además en los párrafos explicativos.

45. Contrariamente a lo que había anunciado en su segundo informe[79], el Relator Especial no ha tratado verdaderamente en detalle el papel de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. Se ha dedicado, sobre todo, a resaltar las diferencias, en términos de carácter y alcance, entre la práctica de las organizaciones internacionales y la de los Estados y, citando fuentes académicas que ilustran el creciente papel de esas organizaciones en la formación del derecho internacional consuetudinario, ha tomado otra dirección. El orador no discute que la práctica de los Estados siga desempeñando una función predominante y que la influencia de las organizaciones internacionales en el derecho internacional consuetudinario dependa de factores relacionados con su mandato y composición. No obstante, considera que la historia contemporánea tiende a poner de manifiesto que las organizaciones internacionales contribuyen cada vez más al derecho internacional consuetudinario. Cita el ejemplo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y recuerda que este, con arreglo al mandato encomendado por los Estados en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas de acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, amplió su intervención y su campo de actuación, sobre todo al término de la Guerra Fría, y creó, entre otras cosas, tribunales penales internacionales, cuyas decisiones han tenido repercusiones, en algunos casos, en el derecho internacional consuetudinario, según se ha reconocido. Otro ejemplo interesante es el de la resolución 377 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de noviembre de 1950, titulada «Unión pro paz», que tuvo consecuencias jurídicas y políticas notables al permitir que la Asamblea General desempeñara un papel cada vez más importante en el ámbito de la paz y la seguridad. Ciertamente cabría objetar que solo son ejemplos de la práctica de los Estados en el marco de una organización internacional, pero ¿qué sucede con las competencias del Secretario General? Además, no todos los órganos de las organizaciones internacionales están compuestos por

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

Estados, sino que a veces están integrados por expertos que participan a título personal o por enviados o representantes especiales del Secretario General, cuyo mandato, bajo la supervisión de los Estados, evoluciona y no siempre está claramente definido. La Corte Internacional de Justicia está integrada por magistrados elegidos a título personal y ello no impide que tenga una enorme influencia en la formación del derecho internacional consuetudinario. En cuanto al Órgano de Apelación de la OMC, formado por miembros elegidos por el Órgano de Solución de Diferencias, cabe preguntarse si repercuten sus decisiones, aceptadas como firmes por los Estados partes en las controversias comerciales de las que entiende, en el derecho internacional consuetudinario. Teniendo en cuenta esas consideraciones, el orador considera que el proyecto de conclusión 4 [5] debería revisarse para que refleje mejor el papel actual de las organizaciones internacionales en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. También cree que el adverbio «principalmente» del párrafo 1 debería conservarse. Por último, comparte las preocupaciones del Sr. Caflisch sobre el hecho de que, según está redactado en estos momentos, el proyecto de conclusión 4 [5] no reconoce al CICR ningún papel en la identificación y la formulación del derecho internacional consuetudinario, lo que equivale a negar la historia de ese derecho.

46. El Sr. ŠTURMA elogia la calidad del tercer informe del Relator Especial, que está bien estructurado, es claro y está bien documentado. Observa con satisfacción que el informe refleja la posición que él mismo había defendido en el período de sesiones anterior, a saber, que el hecho de reconocer que el peso otorgado a la práctica y la *opinio iuris* puede diferir dependiendo de la rama del derecho internacional de que se trate no conlleva abandonar el enfoque unitario de la costumbre internacional en favor de enfoques específicos por esferas del derecho internacional (derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, etc.). También suscribe la opinión de que una forma particular de práctica o una prueba particular de la aceptación de una práctica como derecho puede ser más pertinente en algunos casos que en otros, y apoya, por consiguiente, el nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4]. Asimismo, suscribe los párrafos 2 y 3 del proyecto de conclusión 4 [5], si bien matizaría el segundo añadiendo un adverbio como «en general» para ilustrar que, en casos excepcionales, la práctica de agentes no estatales, como el CICR, también puede contribuir a la formación o la expresión de normas consuetudinarias. Aprueba el contenido del párrafo 3 del proyecto de conclusión 11, pero coincide con otros miembros de la Comisión en que deberían aclararse las circunstancias en que la inacción puede servir de prueba de la aceptación como derecho, a saber, cuando la inacción proviene de la abstención del Estado de que se trate, se prolonga durante un período de tiempo suficiente y las circunstancias requieren una reacción.

47. Con respecto a los proyectos de conclusión relativos a las formas particulares de práctica y prueba, el orador señala que el proyecto de conclusión 12 expone correctamente los diferentes tipos de relación que puede haber entre las normas convencionales y las normas consuetudinarias. También aprueba el proyecto de conclusión 13, relativo al papel de las resoluciones aprobadas por organizaciones y conferencias internacionales, si bien, en su opinión, ese papel dista de ser marginal. Tal vez habría que establecer una distinción entre las organizaciones internacionales, sus órganos y sus actos, a fin de ofrecer información más precisa sobre las circunstancias en que esos actos pueden ser relevantes y tener más o menos peso como prueba del derecho internacional consuetudinario. En cuanto al papel de la jurisprudencia y la doctrina, el orador está de acuerdo con el principio del proyecto de conclusión 14, pero considera, como el Sr. Tladi, que las opiniones individuales y las opiniones disidentes de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia también deberían tenerse en cuenta y, como el Sr. Forteau, que el término «doctrina» merecería una aclaración.

48. En relación con los proyectos de conclusión relativos a las excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario, el orador dice estar dispuesto a aceptar la expresión «costumbre particular» siempre que se emplee para designar de manera abreviada las normas consuetudinarias locales y regionales, que, recuerda, solo pueden tomarse en consideración si no son contrarias a la costumbre general de *ius cogens*. En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15, propone aclarar que la costumbre particular solo es vinculante para los Estados que han participado en una práctica general (o común) aceptada por ellos como derecho, es decir, que no puede hacerse valer contra otros Estados. Comparte hasta cierto punto las preocupaciones expresadas por los Sres. Forteau y Caflisch sobre el enfoque dinámico adoptado por el Relator Especial, pues considera que el derecho internacional consuetudinario debe conservar su carácter espontáneo como fuente de derecho claramente distinta del derecho convencional. Considera que los conceptos de costumbre particular y objetor persistente pueden aceptarse como excepciones, siempre que el proyecto de conclusión 16 se reformule de manera más prudente o, en su defecto, se suprima.

49. Dado que actualmente hay muchos documentos adoptados por organismos internacionales que no son resoluciones clásicas aprobadas por las organizaciones internacionales ni decisiones judiciales en sentido estricto, cabe preguntarse, por ejemplo, qué importancia revisten los dictámenes, las observaciones y las decisiones de los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos no tienen la condición de órgano jurisdiccional ni las competencias de los tribunales internacionales, pero, como instancias internacionales creadas por los Estados en virtud del derecho internacional, a menudo realizan funciones similares a las de dichos tribunales. No obstante, su papel en la formación del derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos ha sido ignorado en gran medida, pese a que podrían contribuir a ella de diversas maneras. Al tratarse de órganos cuasi jurisdiccionales, sus decisiones deberían tomarse en consideración de la misma manera, *mutatis mutandis*, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales; no deberían clasificarse como doctrina, sino tener una condición de obras colectivas comparable al de los textos resultantes de la labor de la Comisión; y deberían considerarse actos de organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa, etc.) que abarcan a los órganos de los que emanan. Convendría que esas cuestiones se trataran en el próximo informe del Relator Especial.

50. Otro aspecto que convendría examinar en mayor detalle es la evolución a lo largo del tiempo del derecho internacional consuetudinario existente, incluidas las circunstancias en que una nueva norma consuetudinaria puede reemplazar a una ya existente y una determinada norma consuetudinaria puede caer en desuso. Ese análisis también podría contribuir a aclarar el proceso por el que la costumbre particular se convierte en costumbre general, y viceversa, ya que el orador está convencido de que esa cuestión no concierne únicamente a la formación del derecho internacional consuetudinario, sino también a la identificación de las normas consuetudinarias en vigor. Aparte de esas consideraciones, que incumben sobre todo a la continuidad de la labor de la Comisión sobre el tema, recomienda la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción.

51. El Sr. KAMTO felicita al Relator Especial por su excelente informe, que, no obstante, incumple, y en esto no es el único, el límite de 50 páginas establecido por la Comisión para la extensión de los informes. Como observación de carácter general, muestra sus reservas sobre la manera inusual en que el Relator Especial ha tratado las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión en sesión plenaria, citando expresamente las que sustentaban su posición y omitiendo las otras, lo que puede incitar a sus autores a volver a la carga. En cuanto al contenido del tercer informe, dice no entender el razonamiento del párrafo 16, que considera contrario a lo dispuesto en el párrafo 1 *b* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la jurisprudencia constante de esa instancia. ¿Cómo puede el Relator Especial afirmar que «es posible que surja en primer lugar una aceptación de que algo deba constituir derecho […] y que esta luego dé lugar a una práctica que lo plasme», cuando el párrafo 1 *b* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte se refiere a «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho» y la Corte, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Plataforma continental del Mar del Norte*, que se cita además en el párrafo 13 del tercer informe, dispone que «los actos de que se trata deben constituir una práctica establecida y, además, deben ser de tal naturaleza, o realizarse de tal modo, que pongan de manifiesto el convencimiento de que la práctica se considera obligatoria por la existencia de una norma de derecho que exige su cumplimiento» (párr. 77 del fallo)? *Opinio iuris* es la creencia de que una práctica es obligatoria, no de que una práctica futura será o podrá ser obligatoria. Por tanto, el orador no puede estar de acuerdo con la posición del Relator Especial ni encuentra convincente la opinión citada en la tercera nota del párrafo 16 del informe, de que, en ciertos casos, «la expresión de una “necesidad de derecho” […] está en el origen de una práctica que lleva a la formación de la norma consuetudinaria», ya que puede haber una necesidad de derecho sin que sea necesariamente una necesidad de derecho consuetudinario: muy a menudo se trata de una necesidad de derecho convencional. Por lo tanto, sentir y expresar la necesidad de normas en materia de protección de la atmósfera no significa que los Estados consideren que el documento en el que expresan esa necesidad es *opinio iuris* de una práctica que aún no existe, y mucho menos que aceptan de antemano las normas de derecho que pudieran derivarse de una práctica futura. La Comisión comprometería su labor si adoptara ese enfoque, que es puramente teórico y no se ajusta a la manera en que las normas consuetudinarias surgen en realidad en el orden jurídico internacional. En efecto, la costumbre internacional no es derecho voluntario en el sentido en que lo es el derecho convencional —aunque los elementos de voluntad intervienen en la formación de ciertas normas consuetudinarias—, pero desde luego tampoco es derecho espontáneo, pues ninguna norma de derecho surge de repente sin el más mínimo proceso intelectual o psicológico. En cuanto a la prueba de los dos elementos constitutivos de la norma consuetudinaria, el orador propone añadir en el nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4] la oración siguiente: «No obstante, en algunos casos, los medios de prueba de un elemento también pueden servir de medios de prueba de otro elemento».

52. El orador señala que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 no menciona las tres condiciones establecidas en los párrafos 23, 24 y 25 del tercer informe, a reserva de las cuales la inacción puede considerarse práctica y prueba de la *opinio iuris*, y propone completar ese párrafo para que diga lo siguiente: «La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias requieran una reacción, que el Estado cuya inacción se intenta hacer valer para identificar el derecho internacional consuetudinario tuviera conocimiento de ello y que su inacción se prolongue durante un período de tiempo suficiente». En cuanto al proyecto de conclusión 12, propone dividirlo en dos párrafos. El primero reagruparía el párrafo introductorio y los apartados *a* y *b* actuales, suprimiendo la expresión «o llegar a reflejar», que no añade nada y puede crear una confusión innecesaria, y modificando el apartado *b* para que diga lo siguiente: «Ha llevado, en el momento en que se concluye el tratado, a la cristalización de una norma consuetudinaria emergente». El segundo párrafo del proyecto de conclusión 12 retomaría esencialmente el apartado *c* actual y diría lo siguiente: «La disposición de un tratado puede también generar una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho».

53. El orador aprueba la prudencia con que se ha redactado el proyecto de conclusión 13, pero le parecería mejor decir que las resoluciones pueden contribuir, no al «desarrollo» del derecho internacional consuetudinario, sino a su formación o, si ese término plantea problemas, a su identificación, en consonancia con la terminología empleada en otros proyectos de conclusión. En el capítulo IV del tercer informe, titulado «Jurisprudencia y doctrina», convendría aclarar que se trata de la jurisprudencia internacional. Las opiniones separadas o disidentes de los jueces, que no tienen ninguna autoridad en relación con las partes en la controversia, no deberían considerarse elementos de la jurisprudencia, sino elementos de la doctrina. El orador está preocupado por el carácter subjetivo de la elección de los escritos constitutivos de la doctrina a los efectos de la codificación, en general, y de la identificación del derecho internacional consuetudinario, en particular, que favorece la doctrina de las naciones europeas u occidentales en detrimento de la de las demás regiones del mundo, en contravención de las disposiciones del párrafo 1 *d* del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que remiten a «las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

de las distintas naciones». Señala, a este respecto, que el término «juristas» es más adecuado que «publicistas», ya que incluye a los juristas especializados en derecho privado, muchos de los cuales son miembros de la Comisión y de la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, propone modificar el proyecto de conclusión 14 para que diga: «La jurisprudencia internacional y las doctrinas de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones pueden servir de formas subsidiarias para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario».

54. En cuanto al papel de los actores no estatales en la identificación del derecho internacional consuetudinario, el orador considera que el enfoque tradicional adoptado en el capítulo V del tercer informe no siempre tiene en cuenta la evolución del derecho internacional consuetudinario. Aunque el derecho transnacional, que no es ni interestatal ni siquiera semiestatal, que generan algunos de esos actores, como el Comité Olímpico Internacional, aún no pueda tomarse en consideración, en el derecho internacional humanitario se observa una tendencia cada vez más marcada a considerar que los actores no estatales de los conflictos armados pueden contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario en esa esfera. Así pues, convendría reformular el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5] teniendo en cuenta esa tendencia o, al menos, hacer mención a ello en el comentario.

55. Con respecto a los capítulos VI y VII del tercer informe, el orador dice que apoya los proyectos de conclusión 15 y 16, si bien señala, en relación con la doctrina del objetor persistente abordada en el segundo, que sería deseable que el Relator Especial refuerce los comentarios para poner claramente de manifiesto que la objeción no produce los mismos efectos si la norma en cuestión es emergente o está arraigada. En su opinión, la objeción persistente solo es válida en la medida en que la existencia de la norma no haya sido comprobada. Una vez identificada, y si se trata de una costumbre universal, todos los Estados, incluidos los que hubieran formulado objeciones a ella en algún momento, quedarán obligados por la norma consuetudinaria. Queda por determinar si, en ese caso, la objeción persistente puede seguir produciendo efectos, en particular si puede hacer que la norma consuetudinaria no sea oponible al Estado objetor. Según las observaciones formuladas sobre ese tema, los miembros de la Comisión parecen considerar que este no es el caso.

56. Para concluir, el orador dice que apoya la remisión de todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción. No obstante, desearía saber si el Relator Especial, cuyo objetivo es finalizar la labor sobre el tema en el período de sesiones de 2016, entiende con ello que no habrá examen del proyecto de conclusiones en segunda lectura. Teniendo en cuenta que se trata de uno de los temas más controvertidos en derecho internacional, el orador invita al Relator Especial a no precipitar la finalización de los trabajos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3253ª SESIÓN

Miércoles 20 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. 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. 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 la Comisión a proseguir con su examen del tercer informe del Relator Especial sobre el tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario» (A/CN.4/682).

2. El Sr. McRAE dice que, si bien las líneas generales del enfoque basado en los dos elementos son bien conocidas y objeto de frecuentes citas, resultan menos claras la relación entre ambos elementos y la forma en que el enfoque debe aplicarse en la práctica. No hay pruebas empíricas de la forma en que los Estados y los tribunales y cortes internacionales aplican realmente los criterios que, según ellos, deben utilizarse para identificar el derecho internacional consuetudinario. Lo que se desprende de los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte* y las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* es que no se aplican sistemáticamente los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario. A menudo parece que la identificación del derecho internacional consuetudinario se basa en una respuesta intuitiva y no en un análisis de la práctica y la *opinio iuris*, y a veces simplemente se presupone la existencia de uno de los elementos. Es la discordancia entre los principios enunciados y lo que en realidad hacen los tribunales y cortes de los Estados lo que hace que el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario sea confuso y difícil. Entre las preguntas que hay que abordar cabe mencionar las siguientes: ¿qué constituye en realidad una práctica general en una comunidad internacional de 192 Estados?; ¿quién debe recabar las pruebas necesarias para demostrar la existencia de una práctica general?; ¿cómo se debería hacer exactamente?

3. El orador dirige su atención al proyecto de conclusión 3 [4], nuevo párrafo 2, y señala que su redacción no refleja adecuadamente lo que conlleva la valoración por separado de la prueba respecto de los dos elementos. La

cuestión de la «doble contabilización» es falsa, porque no cabe duda de que se puede acudir a una práctica que constituya práctica general para verificar la *opinio iuris*. La auténtica dificultad radica en que de la existencia de una práctica general no se puede presuponer que se haya aceptado una práctica como derecho. Desde ese punto de vista, la segunda oración del párrafo 2 puede dar lugar a malentendidos si se interpreta la expresión «prueba específica respecto de cada elemento» en el sentido de que la práctica general es irrelevante para determinar si se ha aceptado dicha práctica como derecho. Si en el comentario se explica que con la primera oración se entiende que la aceptación como derecho no puede deducirse de la mera existencia de la práctica, en tal caso la oración podría ser útil; en cambio, la segunda oración oscurece tal claridad y debe ser eliminada.

4. La formulación del proyecto de conclusión 4 [5], nuevo párrafo 3, es demasiado categórica, dado que la interacción de las entidades estatales y no estatales en el contexto de las actividades de elaboración de tratados implica una interrelación de prácticas. La inclusión de algunos elementos de la actividad de las entidades no estatales en la práctica relevante para determinar la existencia del derecho internacional consuetudinario no prejuzga la posición de los Estados, puesto que son estos los que deben demostrar la existencia de la *opinio iuris*. Por ello, el Relator Especial debe reformular el párrafo 3 para señalar que, en algunas circunstancias, la actividad combinada de actores estatales y no estatales puede constituir una práctica relevante, si bien los actos y las opiniones de los actores no estatales no son relevantes para determinar la *opinio iuris*.

5. La redacción del proyecto de conclusión 11 no transmite una impresión correcta de la función que desempeña la inacción en la identificación del derecho internacional consuetudinario. La formulación «siempre que las circunstancias requieran una reacción» podría ser apropiada si existiera una norma general según la cual los Estados tienen la obligación de formular una objeción si no están de acuerdo con el desarrollo de una norma consuetudinaria de derecho internacional. No obstante, no existe tal norma, y el proyecto de conclusión 11 parece introducirla por la puerta de atrás. Tampoco hace falta una norma especial sobre la inacción que importe el concepto de aquiescencia: la inacción es igual que cualquier otra práctica. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la cuestión fue, no si las circunstancias hacían necesaria una reacción, sino si la *opinio iuris* avalaba abstenerse de reaccionar, si se aceptaba como derecho.

6. Así, algunas clases de inacción exigen un análisis, no de si existe una práctica general de inacción, sino de si la inacción en cuestión ha sido aceptada como derecho. Además, en un mundo de 192 Estados, la identificación del derecho internacional consuetudinario depende, a menudo, no de la práctica general de todos esos Estados sino de la práctica de algunos de ellos, que constituye evidencia de la *opinio iuris*, y de la inacción del resto de los Estados. De hecho, esa inacción puede ser fundamental para la formación de una norma determinada de derecho internacional consuetudinario. El orador no ve motivo alguno para distinguir entre la inacción en los casos en que las circunstancias requieren alguna reacción y la inacción en los que no la requieren, puesto que en ambos solo demuestra una falta de oposición al desarrollo de la *opinio iuris*. Dicho esto, quizás se deba mencionar la inacción como práctica.

7. El proyecto de conclusión 12 establece claramente la doctrina fundamental sobre la relación entre los tratados y el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. No obstante, hay que incluir en el comentario orientaciones sobre los casos en que se puede utilizar la incorporación a un tratado como prueba de la *opinio iuris*. ¿Es más probable que constituya prueba de la *opinio iuris* la incorporación a un tratado multilateral que la incorporación a tratados bilaterales sucesivos con el mismo contenido? ¿En qué momento puede la práctica seguida en el marco de un tratado convertirse también en prueba del derecho internacional consuetudinario?

8. En relación con el proyecto de conclusión 13, es preciso aclarar algunos aspectos. La afirmación de que las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden constituir prueba del derecho internacional consuetudinario deja en el aire la pregunta de si son pruebas de la práctica, de la *opinio iuris* o de ambas.

9. El orador pasa al proyecto de conclusión 14 y dice que presentar la jurisprudencia y la doctrina como elementos igualmente capaces de servir de formas subsidiarias para la identificación del derecho internacional les reconoce una equivalencia de la que, de hecho, carecen. Obviamente, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también equipara las decisiones judiciales y la doctrina, y la formulación del proyecto de conclusión 14 tiene la ventaja de ser más clara. ¿Pero respecto de qué son subsidiarias estas decisiones y esa doctrina? Es evidente que no constituyen práctica ni constituyen en sí mismas *opinio iuris*, pero pueden servir de prueba de la práctica de los Estados y de lo que se ha aceptado como derecho. Con todo, la descripción de las decisiones judiciales como «formas subsidiarias» induce a error. Por ejemplo, las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia cumplen hoy día una función primordial en la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, mientras que las opiniones de autores de prestigio tienen en la actualidad menos autoridad que en el pasado, cuando los académicos de renombre eran menos numerosos y más fáciles de identificar. Por ello, al menos en lo que a la jurisprudencia se refiere, debe suprimirse el término «subsidiarias».

10. Debe distinguirse entre las decisiones de los tribunales internacionales y las de los tribunales nacionales en cuanto a su autoridad para identificar normas de derecho internacional consuetudinario. También deben incluirse orientaciones sobre la consideración que deben tener las decisiones judiciales de los diferentes tipos de tribunales internacionales cuando se intenta identificar normas de derecho internacional consuetudinario. La doctrina en general debe recibir un trato distinto del de la labor de la Comisión y de los académicos y profesionales de la Asociación de Derecho Internacional y del Instituto de Derecho Internacional. Las actividades y los escritos de determinados actores no estatales, como los que participan en ejercicios de elaboración de tratados, los órganos mixtos como el

CICR y las organizaciones no gubernamentales, representan otra fuente de pruebas de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario.

11. El proyecto de conclusión 15 establece los principios ordinarios relativos a la determinación de la costumbre «particular», a saber, la aplicación de los requisitos de la práctica general y la aceptación como derecho en un contexto local. Ahora bien, la costumbre particular puede revestir una importancia práctica menor en la actualidad, dada la tendencia hacia la dimensión regional mediante los tratados y la integración económica.

12. En cuanto al proyecto de conclusión 16, el orador señala que los ejemplos en los que se basa el principio del objetor persistente resultan a menudo equívocos. La validez del principio no tiene que ver con que un Estado haya logrado declararse objetor persistente. La idea fundamental es que no puede desarrollarse una norma de derecho internacional consuetudinario con la oposición de varios Estados, pero sí puede hacerse en caso de que se oponga un solo Estado, el objetor persistente, mientras todos los demás Estados se hayan declarado partidarios de dicha norma. En lugar de centrarse en el caso extremo y algo irrelevante del objetor persistente, el proyecto de conclusiones debe examinar más a fondo la función de la objeción a la hora de impedir la aparición de una norma de derecho internacional consuetudinario, si puede surgir una norma cuando hay varios objetores persistentes y en qué momento las objeciones de los Estados ya no pueden impedir que surja una norma.

13. El orador está a favor de que se remitan los proyectos de conclusión al Comité de Redacción, junto con los cambios y las adiciones que ha propuesto.

14. El Sr. TLADI dice que, aunque comparte la lógica de la propuesta del Sr. McRae de eliminar la palabra «subsidiarias» del proyecto de conclusión 14, le preocupa que la redacción resultante pueda interpretarse en el sentido de que respalda la opinión de que las decisiones judiciales crean derecho, en particular en vista de que se pueden encontrar argumentos en ese sentido en la doctrina.

15. El Sr. McRAE declara que la palabra «subsidiarias» del proyecto de conclusión 14 puede confundir a los profesionales que no estén familiarizados con el derecho internacional en toda su extensión. Tendría más sentido elaborar una conclusión inequívoca y facilitar en el comentario toda aquella información que se estime oportuna.

16. El Sr. HMOUD respalda la opinión del Sr. McRae de que el proyecto de conclusión 14 versa sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, no sobre las fuentes del derecho internacional. Por ello, guarda relación con las pruebas, aspecto del que debería ocuparse íntegramente, con independencia de su fuente. El orador pide al Sr. McRae que aclare la distinción que ha hecho entre la objeción y la aquiescencia y explique en qué medida pueden las objeciones de los Estados impedir la formación de una determinada norma de derecho internacional consuetudinario y en qué momento puede la aceptación general de la práctica constituir prueba suficiente de la *opinio iuris*.

17. El Sr. FORTEAU señala que el capítulo IV del tercer informe se ocupa de dos ideas diferentes: formas de práctica y formas de prueba del derecho internacional consuetudinario. El proyecto de conclusión 14 aborda las formas de prueba, y el orador considera conveniente que el Relator Especial haya incluido el concepto de «formas subsidiarias». Al elaborar el proyecto de conclusión 6 [7], que fue aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, la Comisión estimó que las decisiones de los tribunales nacionales constituían una forma de práctica y en esa línea debería leerse el proyecto de conclusión 14.

18. El Sr. KAMTO afirma que la distinción entre formas de práctica y formas de prueba puede ser artificial. En ocasiones no está claro si la jurisprudencia constituye prueba de la práctica de los Estados o de la práctica del propio tribunal. El orador es partidario de mantener una distinción entre las decisiones de los tribunales nacionales y las de los tribunales y cortes internacionales, puesto que aquellas solo pueden considerarse prueba de la práctica del Estado, no de la práctica internacional, salvo que sea corroborada por otros Estados. Conviene en que la Comisión debe analizar en mayor profundidad una serie de cuestiones relacionadas con las objeciones de los Estados al desarrollo de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario y adoptar una postura al respecto. Entre estas cuestiones cabe mencionar las normas relativas al objetor persistente, la contribución de los tribunales y los órganos de codificación a la identificación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y la relación entre ambas cuestiones.

19. Si se suprimen las palabras «formas subsidiarias» del proyecto de conclusión 14, se daría a entender que la Comisión considera que la jurisprudencia sirve de prueba para identificar el derecho internacional consuetudinario. ¿Se aplicaría también esa supresión a la doctrina? Aunque resulte complicado intentar establecer una jerarquía rigurosa entre todas las fuentes a los efectos de identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, el orador está a favor de diferenciar el papel de la jurisprudencia y de la labor de la Comisión del resto de escritos de los especialistas en derecho.

20. El Sr. McRAE afirma que el debate actual pone sobre la mesa muchas preguntas que aún no ha analizado plenamente la Comisión pero que requieren respuesta. El orador no sabe cuándo la generalidad de la práctica alcanza tal punto que constituye prueba suficiente de la *opinio iuris*; se ha limitado a plantear esa cuestión porque no se ha abordado con claridad en el tercer informe. Ahora bien, está convencido de que la Comisión tiene que seguir reflexionando acerca del tipo de orientación que desea ofrecer a los profesionales y debe evitar trasladar la impresión de que algunas respuestas son sencillas cuando en realidad son bastante complicadas.

21. El Sr. NOLTE suscribe en el fondo el planteamiento general seguido por el Relator Especial en su tercer informe, si bien piensa que quizás ha intentado abarcar demasiado en poco tiempo. Comparte la cita del párrafo 13 del informe en el sentido de que la práctica general y la aceptación como derecho no son dos entidades yuxtapuestas, sino tan solo dos aspectos del mismo fenómeno. Por ello, la preocupación por la «doble

contabilización» no debe llevar a la conclusión de que una determinada práctica nunca puede expresar también de manera simultánea el elemento subjetivo de la aceptación de la práctica como derecho. Lo que hace falta es que se identifique por separado ese elemento subjetivo, no que se manifieste en un acto distinto. Por consiguiente, se opone a la supresión de las palabras «por lo general» en el proyecto de conclusión 3 [4], párrafo 2, y, en cambio, propone que se incluya de nuevo la palabra «específica» en ese párrafo de modo que la oración rece así: «Por lo general, ello requiere una valoración específica de la prueba respecto de cada elemento». Con ello se recogería con mayor precisión el enfoque basado en los dos elementos y se facilitaría la determinación apropiada de las diferencias en la aplicación del enfoque con respecto a distintos tipos de normas, tal y como se menciona en el párrafo 17 del tercer informe.

22. En cuanto a la cuestión de la inacción, el orador respalda la redacción del proyecto de conclusión 11, párrafo 3. Si bien entiende la tesis del Sr. Murase de que algunos Estados pueden ser más reticentes que otros a expresar su oposición a una práctica de la que discrepan, a buen seguro hay formas sutiles de desaprobación que pueden utilizarse para expresar desacuerdo en tales casos. Con todo, resulta inexacto afirmar que se debe hacer una clara distinción entre aquiescencia y *opinio iuris*, puesto que ambas son formas de aceptación de una propuesta.

23. Aunque el orador respalda el análisis que hace el Relator Especial de la contribución de los tratados a la formación del derecho internacional consuetudinario, no logra ver la diferencia entre los apartados *b* y *c* del proyecto de conclusión 12, ya que ambos hacen referencia a casos en los que un tratado ha dado lugar a la creación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Espera que el Comité de Redacción pueda mejorar la formulación del proyecto de conclusión.

24. El orador comparte en líneas generales el análisis que el Relator Especial hace en su informe de las resoluciones aprobadas por organizaciones o conferencias internacionales, incluida la propuesta que figura en el párrafo 53. No obstante, dado que la inacción puede constituir práctica en determinadas circunstancias, y en vista de que se puede cumplir con algunas disposiciones que figuran en resoluciones con solo abstenerse de actuar, no siempre es necesario que los Estados modifiquen sus políticas nacionales, o incluso su legislación, para que surja una norma de derecho internacional consuetudinario. El orador comparte la opinión de que los trabajos de la Comisión no son tan solo una labor académica colectiva: el proceso político de su creación y la relación de los trabajos con la labor de la Asamblea General, en particular la Sexta Comisión, le confieren una mayor autoridad.

25. En relación con el trato que en el tercer informe se da a la pertinencia de actores no estatales en la formación del derecho internacional consuetudinario, el orador dice que en el marco de las organizaciones internacionales los Estados no siempre actúan en su condición de Estados: pueden actuar meramente como miembros de la organización, en cuyo caso, de conformidad con el derecho internacional, su conducta se atribuye a la organización. La afirmación del párrafo 71 del informe según la cual, «cuando resulta pertinente», la práctica de los Estados en el marco de las organizaciones internacionales debe atribuirse a los propios Estados sugiere que el Relator Especial califica esa práctica de conducta de los Estados. Depende en gran medida de lo que el Relator Especial entienda por «cuando resulta pertinente». La referencia en el párrafo 72 a la «práctica establecida de la organización» en lo que se refiere a «su funcionamiento interno» puede ser una interpretación demasiado restrictiva. A juicio del orador, la relación entre la organización y sus miembros, en particular las competencias de la organización con respecto a sus miembros, no es un asunto de derecho internacional consuetudinario general.

26. La relevancia de los actores no estatales se ve negada con toda rotundidad en el nuevo párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 [5], que reza: «El comportamiento de otros actores no estatales no constituye una práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario». Debería modificarse en la línea del proyecto de conclusión 5, párrafo 2, del proyecto de conclusiones sobre el tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, que reza así: «Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado»[80]. De esta forma, se tendría en cuenta la práctica del CICR y de otros actores no estatales al identificar el derecho internacional consuetudinario, si bien sin situarlos al mismo nivel que los Estados.

27. El orador alberga algunas dudas sobre la redacción del proyecto de conclusión 15, que excluye la posibilidad de que pueda existir costumbre regional al requerir que cada Estado acepte específicamente una determinada práctica. En la realidad, en cambio, puede haber una expectativa general entre los miembros de una determinada región de que quienes discrepan de un desarrollo concreto aceptado por la mayoría tengan que articular claramente su desacuerdo. Por ello, el orador propone suprimir las palabras «cada uno de» del párrafo 2 del proyecto de conclusión.

28. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que el concepto de objetor persistente tiene su lugar en las normas sobre la formación del derecho internacional consuetudinario, pero, a diferencia de lo que se afirma en el párrafo 90 del tercer informe, no considera que se trate del dominio exclusivo de los poderosos. Al contrario, los casos clásicos se refieren a Estados menos poderosos que se obstinan en no aceptar un determinado desarrollo. El orador tampoco considera que el reconocimiento del objetor persistente sea en modo alguno contrario a derecho; se trata de un factor importante para legitimar las normas de derecho internacional consuetudinario y asegurar la transparencia en su proceso de formación.

29. El Sr. PETRIČ dice que, si bien recomienda remitir todos los proyectos de conclusión al Comité de Redacción, aún se pueden mejorar. El proyecto de conclusiones está dirigido fundamentalmente a los profesionales, por

[80] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 19.

lo que debe ofrecer orientaciones claras sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario y sus normas. No obstante, incluye varias expresiones bastante confusas: «llegar a reflejar» y «la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario» en el proyecto de conclusión 12; «contribuir a su desarrollo» en el proyecto de conclusión 13; y «proceso de formación» en el proyecto de conclusión 16. El orador sugiere que se supriman esas expresiones o se aclaren en los comentarios, donde también se debe hablar más sobre la formación del derecho consuetudinario, que se ha tratado poco en el proyecto.

30. En cuanto a la relación entre los dos elementos constitutivos, el orador se muestra preocupado por la afirmación más bien categórica en el párrafo 14 de que, al procurar determinar si ha surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario examinar y verificar la existencia de cada elemento por separado, lo que requiere por lo general una evaluación de diferentes pruebas para cada elemento. Ese planteamiento puede ser problemático cuando no haya pruebas físicas de la práctica de los Estados, situación frecuente en las relaciones internacionales contemporáneas. Con la proliferación de organizaciones y conferencias internacionales, es más probable que los Estados expresen su voluntad mediante actos verbales, en los cuales la práctica y la *opinio iuris* están interrelacionadas y son, por tanto, difíciles de separar. El orador sugiere que se examine la cuestión en el Comité de Redacción.

31. En cuanto al aspecto temporal del enfoque basado en los dos elementos, el orador cuestiona la afirmación del párrafo 16 del tercer informe de que es posible que surja en primer lugar la aceptación de que algo debe constituir derecho (una naciente *opinio iuris*) y que esta luego dé lugar a algo que lo plasme, produciendo así una norma de derecho internacional consuetudinario. El concepto «naciente *opinio iuris*» exige una aclaración. El orador está de acuerdo en que un Estado puede actuar creyendo que lo hace de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y en ese caso la *opinio iuris* puede coincidir temporalmente con la práctica verbal o física, pero no está de acuerdo en que la *opinio iuris* pueda preceder a la práctica.

32. El orador suscribe el razonamiento del Relator Especial en relación con la inacción y la orientación básica del proyecto de conclusión 11. Ahora bien, las circunstancias que rodean la zona gris que constituye la inacción deben ser explicadas con mayor claridad, ya sea en el texto del proyecto de conclusión, lo cual sería preferible, o en un comentario. A juicio del orador, un Estado debe tener la obligación de actuar solo cuando haya sido debidamente informado y cuando sus intereses estén en juego. Si no es así, no debe interpretarse su inacción como señal de consentimiento.

33. En términos generales, el orador comparte la posición del Relator Especial sobre el papel de los tratados. Con todo, en vista de que los tratados crean una relación jurídica exclusivamente entre las partes, se debe mostrar cautela cuando se evalúe su papel en el establecimiento del derecho internacional consuetudinario, que es derecho general aplicable a todos. El orador expresa su preocupación por el análisis que se hace en el párrafo 38 del tercer informe de la «cristalización», término que carece de significado en derecho, de las normas de derecho internacional consuetudinario, un proceso que puede tener su origen en una «norma consuetudinaria *in statu nascendi*». ¿Qué quiere decir eso? ¿Sigue siendo la norma una mera costumbre o es ya una norma incipiente de derecho internacional consuetudinario? Aunque respalda el proyecto de conclusión 12, el orador opina que el apartado *c* debe volver a redactarse en forma más afirmativa.

34. Es importante establecer una diferencia entre las organizaciones internacionales y las conferencias internacionales a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. Las resoluciones de las organizaciones internacionales expresan la voluntad de las organizaciones, pero no reflejan la práctica de los Estados miembros, algunos de los cuales pueden haber votado en contra de las resoluciones. Por otra parte, las conferencias internacionales suelen aprobar las resoluciones por consenso y, por ende, representan la suma de las voluntades de los Estados participantes. Por eso, cuando la Comisión trata de identificar prácticas relevantes de los Estados, debe dar más peso a las resoluciones de las conferencias internacionales. Ahora bien, a pesar de que dichas resoluciones pueden reflejar el derecho internacional consuetudinario existente y contribuir a su formación, no se puede identificar el derecho internacional consuetudinario sin identificar antes la práctica general y la *opinio iuris* de los Estados.

35. El orador respalda el razonamiento sobre el que se asienta el proyecto de conclusión 14. En el párrafo 60 del tercer informe, el Relator Especial alude a la naturaleza cambiante del derecho internacional consuetudinario. Ese aspecto plantea varias cuestiones importantes que deben abordarse en el proyecto de conclusiones, como son, entre otras, si una nueva norma consuetudinaria puede sustituir a otra antigua y en qué condiciones, y cómo distinguir la vulneración de una norma vigente de derecho internacional consuetudinario del establecimiento de otra nueva.

36. El orador coincide con el Relator Especial en que tiene que distinguirse entre la práctica de los Estados que forman parte de las organizaciones internacionales de la práctica de las organizaciones internacionales como tales. Con todo, la Comisión debe ser prudente en lo que se refiere a la situación de los Estados con intereses especiales. Por ejemplo, no se puede decir que, en asuntos relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la práctica de los Estados sin litoral es tan relevante como la de Estados como Indonesia, formada por miles de islas. Del mismo modo, ¿es la práctica de Eslovenia tan relevante para el derecho del espacio como la de los países que tienen de hecho un programa espacial?

37. El estudio de la costumbre particular plantea varias cuestiones, como saber en qué medida puede una costumbre particular diferir de la costumbre general. ¿Cuándo puede afirmar un grupo de Estados que ha establecido una norma de derecho consuetudinario particular que puede diferir del derecho consuetudinario general? Recurriendo al ejemplo del «derecho internacional socialista»,

un derecho particular según el cual se sustituye el principio básico de no injerencia por el principio de solidaridad proletaria, el orador pone de manifiesto el peligro de que una costumbre particular pueda dar lugar a que cualquier grupo de Estados afines declare la existencia de una norma consuetudinaria, lo que llevaría a la fragmentación del derecho internacional.

38. El orador tiene algunas reservas respecto de la inclusión de un proyecto de conclusión sobre el objetor persistente, en particular desde el punto de vista de la seguridad jurídica. ¿Se puede hacer referencia a la práctica general y a la *opinio iuris* existentes cuando hay muy pocos objetores persistentes? Al parecer, la generalidad de la práctica no depende tanto del número de Estados, sino de la falta de objeciones a la práctica, si bien es importante saber dónde fijar el límite. Se deben seguir examinando esas cuestiones en el Comité de Redacción.

39. Por último, el orador señala que no se da el peso debido a la doctrina escrita en otros idiomas que no sean el inglés y el francés en los trabajos de la Comisión, en general, y en lo que se refiere a la formación del derecho internacional consuetudinario, en particular.

40. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que, a pesar de que el tercer informe está bien estructurado y sustentado en la jurisprudencia, no resuelve todas las cuestiones que se han planteado. El orador está de acuerdo en que el proyecto de conclusiones no debe ser excesivamente prescriptivo, dada la naturaleza inherentemente flexible de la formación del derecho internacional consuetudinario, y que el alcance del tema debe ser tal que facilite la identificación del derecho internacional consuetudinario por parte de los operadores jurídicos.

41. En relación con la primera oración del nuevo párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 [4], el orador comparte la opinión de que, a fin de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario, hay que determinar cada elemento por separado. No obstante, esto no quiere decir que sea necesaria la valoración de las pruebas específicas de cada elemento, tal y como se sugiere en la segunda oración del párrafo. En algunos casos, se puede recurrir a diferentes formas de prueba: unas formas para establecer la práctica general y otras para establecer la *opinio iuris*; en cambio, en otros casos, la misma prueba puede servir para determinar tanto la práctica como la *opinio iuris*. Aunque el Relator Especial se ha esforzado por dejar cierto margen en la segunda oración del párrafo 2 al usar las palabras «por lo general», ello puede malinterpretarse en el sentido de que no siempre se hace necesaria una evaluación de la prueba referente a cada elemento. Además, por la palabra «específica» puede entenderse que por lo general hay una prueba específica de cada elemento, lo cual no siempre es así. Por ello, el orador sugiere que se elimine la palabra «específica» o se acepte la propuesta del Sr. Nolte relativa al párrafo.

42. El orador comparte con el Relator Especial que la inacción es una forma de práctica que, cuando es general y va acompañada de la aceptación como derecho, puede dar lugar a una norma de derecho internacional consuetudinario. Existen muchas normas de derecho internacional consuetudinario que prohíben la comisión de determinados actos, como recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. La inacción de los Estados en esos casos constituye una forma de práctica, puesto que los Estados están convencidos de su obligación jurídica de no actuar. La inacción también puede ser catalogada como expresión de la *opinio iuris* cuando constituye una forma de reacción a la práctica de otro Estado u otros Estados.

43. El Relator Especial también afirma que la inacción o el silencio de un Estado puede suponer su aquiescencia ante la conducta de otros Estados. En tales casos, el silencio puede significar que se está de acuerdo con la conducta de otro Estado, o como mínimo que se tolera, porque está cumpliendo con una obligación jurídica o ejerciendo un derecho. Para extraer esa conclusión, se debe comprobar si la práctica es de naturaleza tal o se ha ejecutado de manera tal que se puede presuponer su conocimiento general. Asimismo, es importante analizar el contexto general en que se puede esperar que responda un Estado.

44. No obstante, los Estados no tienen la obligación de protestar o expresar su conformidad ante todo acto de otros Estados. Puede haber varios motivos por los que los Estados no siempre protestan por los actos de otros Estados que consideran una vulneración del derecho internacional, incluso cuando se pueda suponer que han expresado su condena a dichos actos. En tales casos, no se puede interpretar el silencio como la *opinio iuris* según la cual se acepta la conducta de otro Estado como derecho.

45. El orador pasa al capítulo IV del informe y señala que el avance en la codificación del derecho internacional y el aumento de tratados multilaterales y resoluciones o instrumentos internacionales en varios ámbitos del derecho están creando un tejido jurídico internacional cada vez más rico y complejo. La Corte Internacional de Justicia recurre a esas fuentes cuando trata de identificar la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario. Por ello, los principios y normas de carácter general que conforman el acervo jurídico de la comunidad internacional están ínsitos en todo el sistema jurídico internacional. No obstante, está claro que algunas pruebas, como un tratado de codificación que goza de amplio respaldo de los Estados, tienen un mayor valor probatorio que otras al determinar la existencia de una norma consuetudinaria.

46. El Relator Especial ha descrito claramente tres formas de interacción entre los tratados y la costumbre. En el segundo caso, cuando un tratado cristaliza una norma de derecho internacional consuetudinario, ya existía cierta práctica y *opinio iuris* y la norma de derecho internacional consuetudinario está *in statu nascendi*. Durante las negociaciones en torno al tratado, la norma cristalizaría y, cuando hubiera recibido un amplio apoyo, se incluiría en un tratado multilateral. Se deben tener en cuenta las circunstancias que rodean a la práctica y la *opinio iuris* antes de adoptar el tratado y en el transcurso de las negociaciones, así como las declaraciones de los Estados negociadores y la forma en que se adopta la norma. Por ese motivo, debería reformularse el proyecto de conclusión 12 *b*, ya que la disposición de un tratado no propicia la cristalización de una norma emergente de derecho

internacional consuetudinario, sino que la norma de derecho internacional consuetudinario *in statu nascendi* cristaliza con la aprobación de la disposición del tratado. Así, el proyecto de conclusión debería rezar «ha cristalizado» o «cristaliza una norma emergente de derecho internacional consuetudinario». La tercera forma de interacción, el efecto generador, está bien recogido en el proyecto de conclusión 12 *c*. Ahora bien, se deberían añadir al final las palabras «*opinio iuris*» entre paréntesis.

47. En lo que al proyecto de conclusión 13 se refiere, la Corte Internacional de Justicia ha recurrido con frecuencia a resoluciones de la Asamblea General para identificar normas consuetudinarias. Las resoluciones, especialmente las aprobadas por organizaciones internacionales de composición universal, como las Naciones Unidas, pueden servir de prueba de la práctica de los Estados o la *opinio iuris* cuando reafirman principios u obligaciones consideradas fundamentales o de aplicación general. Las resoluciones aprobadas por órganos de composición universal tienen mayor peso como prueba de la existencia de normas consuetudinarias que las resoluciones aprobadas por órganos de composición restringida. Las disposiciones de determinadas resoluciones aprobadas en conferencias internacionales también pueden reflejar o codificar una norma consuetudinaria o pueden contribuir a la generación de normas consuetudinarias dando lugar a una práctica general acompañada de *opinio iuris*. Por ello, el proyecto de conclusión 13 debe reflejar con mayor amplitud el hecho de que las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden codificar, cristalizar o generar normas consuetudinarias.

48. En relación con el proyecto de conclusión 14, el orador señala que la labor de la Comisión no consiste en la elaboración de trabajos académicos, sino en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Hay que proceder con gran cautela cuando se consulta la doctrina como forma subsidiaria para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario, ya que refleja las opiniones, la experiencia y la formación jurídica de los autores. Tal y como ha señalado otro orador, es importante que se tenga en cuenta la doctrina de las diferentes regiones. Un nuevo proyecto de conclusión debería hacer referencia a la autoridad de los trabajos de la Comisión. El orador comparte con el Sr. McRae que habría que tratar por separado las decisiones judiciales y la doctrina. También está de acuerdo con lo que ha dicho el Sr. Hmoud a propósito de la autoridad de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en lo concerniente a la identificación del derecho internacional consuetudinario.

49. La jurisprudencia en torno a los objetores persistentes, objeto del proyecto de conclusión 16, no está nada clara y la doctrina se muestra dividida al respecto. Con todo, no parece que haya una resistencia general de los Estados a la norma del objetor persistente. Habría que buscar más ejemplos de casos en los que se haya determinado a partir de la práctica y la *opinio iuris* la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que abarcaba a los objetores persistentes y se tendrían que incluir en el comentario. En todos los supuestos, el objetor persistente tiene que mantener su objeción a la aplicación de una norma de derecho internacional consuetudinario en todo momento, no solo cuando se está formando. De no hacerlo, se entiende que ha desistido de su objeción. El proyecto de conclusión debe disponer claramente que un Estado no puede oponerse a normas fundamentales de derecho internacional consuetudinario como las normas imperativas o las normas que contienen obligaciones *erga omnes*. Por ello, debería añadirse un nuevo párrafo al proyecto de conclusión 16 que aclarase las restricciones que se aplican en el caso del objetor persistente, como las que figuran en cualquier derecho consuetudinario regional o local que pueden dar lugar a una práctica general o la *opinio iuris*.

50. En el siguiente informe, convendría analizar los medios prácticos para mejorar la disponibilidad del material a partir del cual se puede determinar una práctica general y la *opinio iuris*.

51. El orador es partidario de remitir los proyectos de conclusión al Comité de Redacción, que debe tener en cuenta los comentarios de los miembros de la Comisión.

52. El Sr. HUANG afirma, en relación con el enfoque basado en los dos elementos al que se alude en el párrafo 17 del tercer informe, que se deben aplicar criterios uniformes a la identificación del derecho internacional consuetudinario con independencia del ámbito del derecho o del usuario final al que vaya dirigido el proyecto de conclusiones. La aplicación de criterios diferentes agravaría la fragmentación del derecho internacional consuetudinario e incluso pondría su validez en tela de juicio.

53. En cuanto al proyecto de conclusión 3 [4], el orador no comparte la opinión del Relator Especial de que la prueba de la práctica debe ser diferente de la prueba de la *opinio iuris* y ambas han de ser determinadas por separado. En muchos casos, la práctica y la *opinio iuris* vienen de la mano. Cuando un Estado realiza una acción, deja claro si está cumpliendo con una obligación jurídica o ejerciendo un derecho. Por ello, no es aconsejable una separación artificial entre la prueba de la práctica y la prueba de la *opinio iuris*.

54. Aunque el orador respalda el proyecto de conclusión 4 [5], nuevo párrafo 3, no se puede negar que la conducta de los actores no estatales puede servir de referencia para identificar el derecho internacional consuetudinario.

55. Suscribe las tres condiciones enunciadas en los párrafos 23, 24 y 25 del tercer informe para reconocer la inacción como prueba de la aceptación como derecho. No obstante, se pregunta qué se entiende por «una reacción» en el proyecto de conclusión 11, párrafo 3. En cuanto al proyecto de conclusión 12, el Relator Especial no ha introducido ningún criterio para decidir qué disposiciones de un tratado pertenecen al derecho internacional consuetudinario. Según la jurisprudencia internacional, hay que investigar los siguientes elementos: la medida en que los Estados hayan ratificado o aceptado el tratado o se hayan adherido a él; si alguno de los Estados partes se ha retirado del tratado o lo ha denunciado; el período en que el tratado ha estado en vigor; la naturaleza de las disposiciones del tratado; y, por último, el número de reservas.

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. 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 (*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 armados[81] 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.4/685[82]) 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 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

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

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

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 indisociables 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 relean 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 Secretaría[83] 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 Tratados[84].

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*.

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 dimanan 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

[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.

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 humanidad[85] (A/CN.4/678, cap. II, secc. I[86], A/CN.4/680[87], A/CN.4/L.853[88])

[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 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 2013[91].

---

[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.

[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 reimpreso 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 vigente[92], 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 genocidio[93] 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].

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

[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.

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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/680, A/CN.4/L.853)

[Tema 10 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ elogia al Relator Especial por su primer informe (A/CN.4/680), que describe de manera completa no solo los antecedentes del tema, sino también la respuesta jurídica que se ha dado a los crímenes de lesa humanidad tanto a nivel internacional como nacional. La oradora comparte plenamente con el Relator Especial la necesidad de disponer de un instrumento jurídico internacional capaz de poner fin a estos crímenes atroces en la medida de lo posible. Los trabajos anteriores de la Comisión en torno a cuestiones relacionadas, como los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[95], el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[96] y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, contribuyeron decididamente a los esfuerzos para acabar con los crímenes internacionales más graves y proteger los valores y principios jurídicos que se encuentran en el corazón de la «conciencia de la humanidad».

2. En las últimas décadas, se ha llegado a las siguientes conclusiones: la defensa de los principios y valores fundamentales de la comunidad internacional está directamente relacionada con la lucha contra la impunidad; algunos tipos de conducta tienen que ser tipificados como contrarios a dichos principios y valores; los crímenes de lesa humanidad forman parte de esa categoría de conductas prohibidas; y los Estados tienen una obligación jurídica general de adoptar todas las medidas necesarias en el plano nacional e internacional para prevenir y sancionar dichos crímenes. Por ello, la Comisión debe tratar de definir mecanismos para hacer efectivos esos principios y obligaciones internacionales a nivel nacional y reforzar la cooperación internacional y la asistencia jurídica recíproca. Es imprescindible velar por que los vericuetos procesales no dejen sin aplicación el acervo de instrumentos jurídicos internacionales para que así no queden impunes los autores de los crímenes de lesa humanidad.

3. La oradora comparte naturalmente la loable preocupación expresada en ese sentido por el Relator Especial en el párrafo 12 de su primer informe. No obstante, muchos de los objetivos enunciados en ese párrafo ya se han logrado o están lográndose gracias al proceso jurídico que culminó con la aprobación del Estatuto de Roma y a las medidas internacionales, regionales y nacionales adoptadas para aplicarlo. Muchos países, como España, han tipificado los crímenes de lesa humanidad como un delito independiente en sus códigos penales.

4. El verdadero valor del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad radica en poner en marcha una auténtica cooperación que facilite una verdadera asistencia judicial internacional entre los Estados. Con frecuencia son las lagunas y las deficiencias técnicas en ese ámbito las que hacen imposible el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad. Los tribunales penales internacionales y la Corte Penal Internacional no siempre tienen competencia para juzgar asuntos que conllevan crímenes de lesa humanidad. Por ello, es fundamental que, cuando se cometan tales crímenes, se pueda asegurar la justicia mediante la cooperación internacional. Ello no quiere decir que la Comisión no deba considerar cuestiones generales y cuestiones relacionadas con la definición de los crímenes de lesa humanidad, pero debe tratarlas como medios de consolidar la cooperación entre Estados mediante la asistencia judicial recíproca.

5. Por ese motivo, la oradora comparte plenamente el enfoque planteado presentado en el primer informe del Relator Especial. Celebra que el proyecto de artículo 2 reproduzca el artículo 7 del Estatuto de Roma palabra por palabra, con los ajustes necesarios. También coincide con el análisis que se hace de los diversos elementos que definen el alcance de esa categoría de crímenes, que responde a la interpretación que hacen de ellos la jurisprudencia y la doctrina. Dado que las definiciones del Estatuto de Roma fueron el resultado de un amplio consenso tras largos debates, el Relator Especial acierta al no apartarse de ellas. No cabe duda de que el derecho internacional actual impone a los Estados el deber de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad. Por ello, la oradora celebra que el proyecto de artículos contemple esa obligación.

6. En el proyecto de artículo 1, párrafo 1, se debería eliminar la expresión «todo Estado parte confirma» porque es un axioma que los crímenes de lesa humanidad sean crímenes internacionales. Por ello, sería más conveniente que el artículo rezara así:

> «Los crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, son crímenes internacionales que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.»
>
> [«*Crimes against humanity, whether committed in time of peace or in time of war, are international crimes which States undertake to prevent and punish.*»]

7. Sería recomendable modificar el segundo párrafo para que las medidas adoptadas tengan la mayor extensión posible y que no sea posible aplicar un límite de territorialidad a la obligación de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad. En su versión actual, el texto deja algún resquicio para limitar dichos objetivos. Una posible alternativa sería la siguiente:

> «Los Estados tomarán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir la comisión de los crímenes de lesa humanidad en todo el territorio o por toda persona que esté sometida a su jurisdicción.»
>
> [«*States shall take all such legislative, administrative, judicial or other measures as are necessary and effective in order to prevent the commission of crimes against humanity in any territory and in respect of any person subject to their jurisdiction.*»]

---

[95] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

[96] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

8. Se debe reflexionar con más detenimiento sobre algunas de las expresiones utilizadas en el informe, especialmente con vistas a la aprobación de los comentarios. ¿Excluye el término «tortura patrocinada por el Estado» los casos en que un Estado simplemente tolere, ignore o pretenda ignorar la tortura? Basta con mencionar la «tortura» sin más calificativos, ya que de lo contrario los trabajos de la Comisión podrían incidir negativamente en definiciones jurídicas bien establecidas. En cuanto a la referencia en la última oración del párrafo 5 a los crímenes cometidos en el extranjero «cuando el responsable se halle en el territorio del Estado», la oradora señala que la presencia del autor del crimen en el territorio del Estado parte no ha de constituir necesariamente un requisito para el ejercicio de la jurisdicción universal. La Comisión debería tenerlo presente cuando se ocupe de la definición de los tribunales competentes para conocer de asuntos de crímenes de lesa humanidad.

9. No hay duda alguna de que el resultado final de los trabajos de la Comisión debe ser un conjunto de proyectos de artículo de carácter prescriptivo, de modo que la Asamblea General pueda llegar a transformarlos en una convención. No obstante, la oradora solicita que se aclare si la redacción de una convención de esa naturaleza entra dentro del mandato de la Comisión.

10. Recomienda que se remitan los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

11. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO afirma que, en su primer informe, el Relator Especial hace una excelente argumentación en favor de la elaboración de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. En respuesta a la cuestión planteada por la Sra. Escobar Hernández, el orador no ve motivo alguno por el que la Comisión no pueda recomendar a la Asamblea General que el resultado de los trabajos de la Comisión adopte la forma de una convención.

12. Una convención sobre crímenes de lesa humanidad que se encuentre en armonía con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional promovería su implementación a nivel nacional, lo que a su vez reforzaría el mecanismo de complementariedad. La extrema gravedad de los crímenes de lesa humanidad supone que toda convención sobre el tema debe incluir el principio *aut dedere aut iudicare* y recoger la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal sobre esos crímenes. Dadas las enormes divergencias sobre la noción de jurisdicción universal, quizás fuera prudente que la Comisión estudiara la cuestión más de cerca, sin perjuicio de la labor que ha emprendido la Sexta Comisión.

13. Cualquier definición de crímenes de lesa humanidad no debe estar condicionada a la existencia de un conflicto armado, puesto que las conductas que constituyen este tipo de crímenes también pueden ser cometidos en tiempos de paz. El proyecto de artículos debería recoger tres tipos de responsabilidad penal por la comisión de crímenes de lesa humanidad: la responsabilidad penal individual, la responsabilidad indirecta del Estado cuando este no haya impedido que se cometan tales crímenes y la responsabilidad directa del Estado por su comisión. Puede que no baste con decir que el Estado tiene el deber de prevenir estos crímenes: en vista de las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia, a las que alude el Relator Especial en el párrafo 96 de su primer informe, quizás el proyecto de artículos deba incluir de manera expresa la obligación del Estado de no cometerlos.

14. Tal y como se señala en el párrafo 39 del primer informe, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) inderogable. Por consiguiente, los artículos 26 y 41, párrafos 1 y 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[97] son relevantes y deben ser tomados en cuenta. Con tal fin, se debe abundar en la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad. Debe reconocerse explícitamente que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general que no admite regla en contrario. Se debe indicar que todos los Estados tienen la obligación de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a la comisión de crímenes de lesa humanidad; así, se generaría una vinculación con las obligaciones que el Consejo de Seguridad debería asumir cuando atienda situaciones en donde se estén cometiendo crímenes de lesa humanidad, y podría contribuir a generar mejores condiciones para una eventual regulación del uso del veto, como han venido proponiendo México y Francia desde hace algún tiempo. Sobra decir que un instrumento sobre los crímenes de lesa humanidad no podría admitir reservas, aspecto que el orador entiende se verá reflejado en futuros informes.

15. Partiendo de las conclusiones del Relator Especial sobre la definición de un «ataque generalizado o sistemático» como elemento fundamental de un crimen de lesa humanidad, según se explica en los párrafos 128 y 131 del primer informe, y del hecho de que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse en tiempo de paz o de guerra, el uso de armas de destrucción en masa también tiene que ser considerado un crimen de lesa humanidad. Por ello, el Relator Especial debería analizar los instrumentos jurídicos relativos a las armas de destrucción en masa, la jurisprudencia y la doctrina al respecto, así como el debate mantenido en las conferencias sobre el impacto humanitario de las armas nucleares celebradas en 2013 y 2014 y en las conferencias de las partes encargadas del examen del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 2010 y 2015. El artículo 36 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) dispone que el desarrollo de una nueva arma impone a las partes la obligación de determinar si su empleo estaría prohibido por cualquier norma de derecho internacional. El orador espera que se aborden estos aspectos en futuros informes.

16. El Relator Especial también debería examinar la cuestión de si las personas que presuntamente han cometido crímenes de lesa humanidad han de ser juzgadas exclusivamente por la justicia ordinaria. En cuatro casos que implicaban a México, la Corte Interamericana de

[97] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

Derechos Humanos sostuvo que los militares que perpetraron tales crímenes debían ser juzgados por la justicia ordinaria, a diferencia de lo que sucede en otros países.

17. El orador centra su atención en los proyectos de artículos y propone insertar las palabras «no cometer» [«*not to commit*»] antes de las palabras «prevenir y sancionar» en el proyecto de artículo 1, párrafo 1, para ajustarse a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Propone añadir un nuevo párrafo 1 *bis*, que rece así: «Todo Estado parte confirma que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad constituye una norma imperativa de derecho internacional general» [«*Each State party confirms that the prohibition of crimes against humanity is a peremptory norm of general international law*»]. Debería revisarse el texto del proyecto de artículo 1, párrafo 3, para que refleje el lenguaje utilizado en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de modo que rece así: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales ni justificaciones, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como excluyentes de la ilicitud de los crímenes de lesa humanidad». [«*No exceptional circumstances or justification whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as precluding the wrongfulness of crimes against humanity*»].

18. Debería agregarse un párrafo adicional 3 *bis* que establezca lo siguiente: «Todo Estado parte deberá cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda comisión de crímenes de lesa humanidad». [«*Each State party shall cooperate to bring to an end, through lawful means, the commission of any crimes against humanity*»]. En el proyecto de artículo 2, párrafo 1, deberían añadirse las palabras «uso de armas de naturaleza indiscriminada» [«*the use of inherently indiscriminate weapons*»] a la lista de actos definidos como crímenes de lesa humanidad.

19. Para concluir, el orador recomienda que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

20. El Sr. KITTICHAISAREE, respondiendo a los comentarios que acaban de hacerse, dice que la cuestión de la jurisdicción universal se plantea con frecuencia en otros ámbitos de la labor de la Comisión, por ejemplo en el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)». La Sexta Comisión también viene estudiándola desde hace varios años pero apenas ha avanzado. El párrafo 5 del informe, junto con el proyecto de artículo 1, párrafo 2, podría resultar útil como orientación para la Sexta Comisión en esta materia. La cuestión sigue siendo si la Comisión debe acometer su propio estudio de la cuestión, tal y como ha propuesto el Sr. Gómez Robledo.

21. El Sr. HMOUD dice que, en su primer informe, el Relator Especial esgrime argumentos sólidos y una fundamentación fáctica para poner en marcha un proyecto que llene las lagunas existentes en el actual régimen internacional de lucha contra los crímenes de lesa humanidad, en particular en los ámbitos de la cooperación entre Estados, la tipificación en la legislación nacional y el establecimiento de jurisdicción por los Estados. En vista de que la Corte Penal Internacional solo se ocupa de casos de gran repercusión, es fundamental que los Estados investiguen y enjuicien los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con su legislación. No obstante, del estudio citado en los párrafos 58 a 61 del informe se desprende claramente que solo se procede así en unos pocos Estados, lo que deja un vacío que podría llenar una convención que armonizara las legislaciones nacionales, facilitara la asistencia jurídica recíproca y estableciera el principio *aut dedere aut iudicare* en relación con los crímenes de lesa humanidad.

22. Los crímenes de lesa humanidad solo se pueden combatir en el marco de las jurisdicciones nacionales o de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, si un Estado no cuenta con una legislación que tipifique como delito los crímenes de lesa humanidad, con independencia de que sea parte en el Estatuto de Roma, una persona que se halle en su territorio y cometa esos crímenes puede eludir el enjuiciamiento si la Corte Penal Internacional carece de jurisdicción o si ese Estado no tiene otra obligación de entregar a la persona a otro Estado con jurisdicción. Ese es el principal ámbito en el que la convención propuesta podría realizar una importante contribución como puente. Con todo, ningún instrumento jurídico nuevo debería solaparse con el Estatuto de Roma o socavarlo, sino que debería complementar el marco jurídico internacional relativo a los crímenes de lesa humanidad, objetivo que se podría lograr con normas específicas que regulen la relación entre el régimen convencional propuesto y otros regímenes jurídicos multilaterales y bilaterales. Los Estados no deben tener que elegir entre las obligaciones contraídas en virtud de otros tratados y la convención propuesta.

23. La comunidad internacional ha realizado considerables avances en el desarrollo del concepto de crímenes de lesa humanidad, que ya no se consideran en términos de conflicto o límites territoriales, sino en términos de gravedad y universalidad. El hecho de que existan varias cortes y tribunales regionales e híbridos, así como tribunales nacionales, con jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad indica que la prohibición de la comisión de estos crímenes está bien establecida en derecho internacional. Es importante tomar como base esos logros y encontrar formas de abordar las discrepancias entre legislaciones nacionales en lo que se refiere a las definiciones y la determinación de la jurisdicción, así como la inexistencia de un mecanismo mundial para que los Estados puedan exigirse entre sí el cumplimiento de las obligaciones.

24. Dado que los crímenes de lesa humanidad se encuentran en la misma categoría que el genocidio y los crímenes de guerra, en sus trabajos sobre el tema la Comisión debería considerar elementos de los tratados pertinentes, como la obligación de prevenir y sancionar, el establecimiento de la jurisdicción, la falta de inmunidad por la comisión de estos crímenes, los mecanismos para exigir el cumplimiento de las obligaciones y las medidas para garantizar la no repetición.

25. En relación con la obligación de prevenir, resulta importante saber si un Estado tiene que prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad dentro de territorios que estén bajo su jurisdicción o más allá de esta. Otro aspecto por dilucidar es si la obligación consiste

en lograr un resultado o en hacer todo cuanto sea posible y, en tal caso, con qué criterios se valorarían esos esfuerzos. De los tratados y la jurisprudencia pertinentes se desprende claramente que la obligación de prevenir consiste en tomar medidas efectivas y que no se trata de una obligación de resultado. Obligar a un Estado a conseguir un resultado sería poco realista y contravendría las normas de derecho internacional general. Un Estado debería tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para lograr el resultado y se deberían aplicar normas o referencias rigurosas para evaluar su funcionamiento. Ahora bien, estas medidas no han de vulnerar los principios de derecho internacional y han de mantenerse dentro de los límites de las medidas lícitas.

26. El proyecto de artículo 1, párrafo 2, limita la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad a todo territorio bajo la jurisdicción de un Estado. Si bien la aplicación extraterritorial de una ley nacional es controvertida en derecho internacional, en tanto que cuestión de política jurídica, la Comisión podría encontrar un equilibrio entre el alcance de la obligación de un Estado de prevenir esos crímenes y sus otras obligaciones jurídicas con arreglo al derecho internacional. Ello podría lograrse con una disposición que enunciara las obligaciones que los Estados partes podrían asumir colectivamente para prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio, como la imposición de sanciones. También se podría obligar a un Estado a adoptar medidas dentro de su territorio o jurisdicción para prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad fuera de su territorio, como el enjuiciamiento de personas que se hallen en su territorio y planeen o instiguen la perpetración de tales crímenes fuera de su territorio. No obstante, un Estado no debería encontrarse en una situación en la que tuviera que elegir entre las obligaciones que le impondría la convención propuesta y otras obligaciones de igual o superior valor jurídico con arreglo al derecho internacional.

27. El comentario al proyecto de artículos debe explicar el tipo de medidas que se requieren para prevenir los crímenes de lesa humanidad y las normas mínimas aplicables. Debe ocuparse de la cuestión del tipo de conocimiento que se espera que un Estado tenga antes de adoptar medidas preventivas, como el conocimiento del riesgo y de vulneraciones de los derechos humanos anteriores. Otro aspecto relacionado es el carácter inderogable de la obligación de prevenir. Sin duda, la obligación de prevenir es de aplicación a todas las personas, con independencia de su condición o situación. La última idea sobre la obligación de prevenir y las medidas conexas que expone el orador es que el incumplimiento de la obligación por parte del Estado podría dar lugar a la responsabilidad de este o a la adopción de medidas colectivas por los otros Estados que sean parte en una convención sobre el tema. Mientras que el aspecto de la responsabilidad podría estar contemplado en las normas generales de responsabilidad de los Estados, la cuestión de las medidas colectivas quizás tendría que ser abordada en futuros proyectos de artículo.

28. El orador coincide con el Relator Especial en que la definición de los crímenes de lesa humanidad debe ajustarse a la definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Ahora bien, es fundamental alentar a los Estados partes en la convención propuesta a que armonicen la definición que figura en sus respectivas legislaciones con la del Estatuto de Roma; así, se reforzaría la cooperación entre Estados, incluida la prestación de asistencia jurídica y judicial recíproca, y se eliminarían obstáculos para la entrega de personas acusadas a un Estado con jurisdicción.

29. Un aspecto que debe aclararse en el comentario es la relación entre la cuestión del ataque sistemático y el elemento de política implícito en la palabra «contra». La jurisprudencia no está consolidada en este aspecto, y el hecho de que los términos «generalizado» y «sistemático» estén expresados como disyuntiva hace que sea importante diferenciar los términos «sistemático» y «contra», dado que en la jurisprudencia más reciente se ha restado importancia al elemento de política.

30. Otra cuestión es quién es el autor del ataque. En su primer informe, el Relator Especial parece inclinarse por la premisa de que el ataque puede estar dirigido por un Estado o por un actor privado, como un grupo armado o una organización criminal. Durante un conflicto armado, internacional o no internacional, se puede identificar a los grupos armados a partir de la definición del derecho internacional humanitario que figura en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. En cambio, en ausencia de conflicto armado, esa identificación depende de los elementos que califican a los actores privados de autores del ataque, como la capacidad de ejercer una determinada autoridad o controlar un territorio de la misma manera que un Estado. Una alternativa consistiría en aplicar a los actores privados en tiempo de paz, a los efectos de la convención propuesta, los elementos utilizados en el derecho internacional humanitario para definir a un grupo armado que es parte en un conflicto.

31. Para concluir, el orador recomienda que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

32. El Sr. KAMTO afirma que no le convence el argumento del Sr. Hmoud de que el actual proyecto ayudaría a llenar el vacío que existe porque algunos Estados no han ratificado el Estatuto de Roma y a garantizar que los crímenes de lesa humanidad estuvieran tipificados como delito en el derecho penal. Incluso en el supuesto de que el proyecto de artículos acabara convirtiéndose en disposiciones de una nueva convención, los Estados tendrían la prerrogativa de decidir si adherirse o no a ella, por lo que seguiría habiendo un vacío. Asimismo, un Estado no tiene que ser parte en el Estatuto de Roma para tipificar como delito los crímenes de lesa humanidad en su legislación nacional. Así pues, la Comisión no debe sobrevalorar el argumento de que se llenaría un vacío.

33. El Sr. HMOUD dice que la cuestión no es si un Estado es parte o no en el Estatuto de Roma porque, de serlo, su principal obligación es la de aceptar la competencia establecida de la Corte Penal Internacional. El problema es que la mayoría de los Estados no disponen de legislación suficiente para poner en marcha el procedimiento interno de enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad. La importancia de una nueva convención, tal y como lo ve el orador, radica en que podría alentar a

los Estados a incluir una definición de crímenes de lesa humanidad en su legislación nacional, lo cual a su vez podría contribuir a la cooperación entre Estados y la asistencia jurídica recíproca.

34. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ está de acuerdo con el Sr. Kamto en que la Comisión no debe sobrevalorar la posibilidad de que se llene un vacío. No obstante, de acabar convirtiéndose en una convención, el proyecto de artículos tendría una repercusión general importante, como sería el efecto de alentar a los Estados a modificar su legislación nacional para incorporar los crímenes de lesa humanidad, lo que a su vez reafirmaría los principios del Estatuto de Roma. Seguiría habiendo lagunas inevitablemente por la propia naturaleza de los tratados internacionales. En rigor, el Estatuto de Roma obliga a los Estados a aceptar la competencia de la Corte Penal Internacional solo en relación con los crímenes enumerados en el artículo 5 y a cumplir con las disposiciones enunciadas en la Parte IX relativa a la cooperación internacional y la asistencia judicial. Debe tenerse presente la cuestión de la complementariedad, puesto que, si el proyecto de artículos se convierte en una convención, se encontraría al mismo nivel que el Estatuto de Roma, lo que requeriría el establecimiento de un mecanismo que regulara la relación entre ambos instrumentos a fin de no dejar resquicios para la impunidad.

35. El Sr. TLADI no considera que el valor de una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad resida en el hecho de que animaría a los Estados a aprobar una normativa interna sobre esos delitos, puesto que los Estados lo pueden hacer sin la convención, y así lo han hecho muchos. Para el orador, su valor residiría en que establecería un marco jurídico para un mecanismo de cooperación entre Estados.

36. El Sr. HMOUD dice que no ha pretendido sugerir que el principal factor motivador para llevar adelante el proyecto fuera alentar a la aprobación de legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad. Dicho esto, es importante armonizar la legislación nacional con las normas de derecho internacional sobre los crímenes de lesa humanidad, porque se podría explotar una pequeña discrepancia entre la definición de esos crímenes en la legislación de un Estado y la definición en el derecho internacional para impedir que un juez extraditara a una persona.

37. El Sr. PETRIČ afirma que los Estados son muy conscientes de los problemas de la cooperación jurídica interestatal, tal y como pone de manifiesto que se haya puesto en marcha la Crimes against Humanity Initiative[98] como plataforma de debate entre todas las partes interesadas, incluida la Comisión. Aunque una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad sin duda concienciaría la inhumanidad sobre esos crímenes, la Comisión no debería esperar que fuera un gran factor de motivación para que los Estados aprueben normativa nacional al respecto. Una de las contribuciones más importantes de la futura convención sería el establecimiento de normas sobre la cooperación entre los Estados.

[98] Véase el sitio web: http://sites.law.wustl.edu/WashULaw/crimesagainsthumanity/.

38. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO dice que posiblemente no haya otro ámbito del derecho penal en el que la obligación de armonizar la legislación nacional con el derecho internacional sea tan fundamental como el de los crímenes de lesa humanidad. Sin ella, no hay forma, al menos en los países de tradición romanista, de que un juez sancione a los autores de esos crímenes según las características de estos en derecho internacional, con independencia de que el tratado tenga o no primacía en el ordenamiento jurídico del Estado. A diferencia de lo que ha indicado la Sra. Escobar Hernández, la obligación de los Estados de ajustar su legislación nacional a lo establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es absolutamente clara; sin ello, es imposible cumplir con las disposiciones del Estatuto. Por consiguiente, el valor de una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad reside en que requiera que los Estados tipifiquen como delito esos crímenes en su legislación nacional y que promuevan la cooperación entre sí.

39. El Sr. PARK hace cuatro observaciones acerca de la futura dirección de los trabajos de la Comisión sobre el tema. En primer lugar, uno de los límites inherentes a la propia naturaleza de las convenciones internacionales es que dependen íntegramente de la participación voluntaria de los Estados. Por tanto, los Estados que cometan o corran el riesgo de cometer crímenes de lesa humanidad podrían sencillamente optar por no adherirse a una futura convención, e incluso si se adhirieran, podrían formular una reserva. La Comisión ha de estudiar cómo resolvería esas cuestiones a fin de preservar la efectividad de una futura convención. El orador propone que la convención se aplique a todo extranjero que cometa un crimen de lesa humanidad fuera del territorio de un Estado parte y que sea encontrado posteriormente en cualquier parte del territorio bajo la jurisdicción del Estado parte. La propuesta se ajusta a la posición del Relator Especial descrita en el párrafo 13 de su primer informe.

40. El orador observa en segundo lugar que la Comisión ha de estudiar cómo puede repercutir una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad en la legislación nacional vigente en la materia. Los Estados podrían mostrarse reticentes a adherirse a la convención si sus disposiciones difirieran notablemente de las que figuran en su legislación nacional. Por ello, la Comisión debe mantener estrechas consultas con los Estados e intercambiar opiniones con ellos, especialmente en el contexto de las sesiones de la Sexta Comisión.

41. En tercer lugar, se debería alentar a los Estados partes en una nueva convención a firmar y ratificar el Estatuto de Roma, lo que impediría por dos vías que los responsables eludieran la sanción, ya fuera en el plano nacional o en el internacional. El orador propone insertar un proyecto de artículo al efecto.

42. En cuarto lugar, en el párrafo 21 de su informe, el Relator Especial hace hincapié en que el proyecto de artículos debería ser concebido de forma que los Estados partes en el Estatuto de Roma pudieran cumplir con sus procedimientos incluso después de adherirse a la nueva convención. En cambio, no queda del todo claro cómo se tramitarían dos solicitudes concurrentes, una de entrega de una persona a la Corte Penal Internacional de un

Estado parte en la convención y en el Estatuto de Roma y otra de un Estado que fuera parte en la convención pero no en el Estatuto de Roma; del mismo modo tampoco se sabe qué prioridad se daría a cada solicitud. Si la Corte decidiera que el caso es admisible, el Estado requerido estaría obligado a aplicar el artículo 90, párrafo 4, del Estatuto de Roma, pero también tendría la obligación internacional de extraditar a la persona al Estado requirente, dado que la futura convención contendría una disposición sobre la obligación de extraditar o juzgar. El Relator Especial debería aclarar ese punto.

43. El orador dirige su atención al proyecto de artículo 1 y pide que se aclaren el significado y el alcance exactos de la obligación de prevenir enunciada en el párrafo 2. En el párrafo 99 de su primer informe, el Relator Especial alude al fallo de la Corte Internacional de Justicia 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)*, en el cual la Corte resolvió que la obligación de prevenir era una obligación positiva que se podía incumplir por omisión. Con todo, no está claro qué constituye tal omisión. En el mismo fallo, citado en el párrafo 101 del informe, la Corte afirmó que el contenido del deber de prevenir varía de un instrumento a otro, según la redacción de las disposiciones pertinentes y según la naturaleza de los actos que se deben prevenir. Por ello, resulta difícil saber cuál es el contenido de la obligación de prevenir y en qué momento entra en juego la responsabilidad del Estado. Debería estudiarse la posibilidad de incluir en el comentario las cinco medidas específicas para cumplir con la obligación de prevenir crímenes de lesa humanidad enumeradas en el párrafo 116 del informe.

44. También se plantea la cuestión de cómo se va a hacer efectiva la obligación de prevenir en relación con la legislación nacional vigente cuyo propósito es aplicar el Estatuto de Roma, puesto que esta se centra en la obligación que tienen los Estados de sancionar. Necesita asimismo aclararse el alcance jurisdiccional de la obligación de prevenir, porque en el proyecto de artículo 1, párrafo 2, la expresión «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción» puede hacer que se amplíe el ámbito de aplicación más allá de la jurisdicción del Estatuto de Roma y de la legislación nacional aprobada para su aplicación.

45. En cuanto a la estructura general y el contenido del proyecto de artículo 1, el orador afirma que no tiene sentido combinar la obligación de prevenir y la obligación de sancionar en una sola disposición, tal y como se hace en el párrafo 1. Además, las medidas a las que se alude en el párrafo 2 solo se refieren a la prevención, lo cual no solo no es coherente con el título del proyecto de artículo, sino que también puede llevar a preguntarse por qué no hay otra disposición relativa a la sanción. Sería más apropiado enmarcar cada uno de los tres párrafos del proyecto de artículo 1 en un proyecto de artículo diferente. Desde un punto de vista estructural, lo mejor sería exponer el propósito de la convención al principio: por ejemplo, «establecer un sistema de prevención y sanción en el ámbito nacional y reforzar la cooperación entre Estados». Además, quizás fuera conveniente incluir una disposición al efecto de que la convención se entendiera sin perjuicio de la autoridad y las actividades de la Corte Penal Internacional. El proyecto de artículo 1, párrafo 1, utiliza el término «en tiempo de guerra». No obstante, resulta más apropiado el término «conflicto armado» porque su aceptación está más generalizada.

46. En relación con el futuro programa de trabajo, el orador dice que hay otros cuatro temas que debe abordar.

47. En primer lugar, se necesitan disposiciones sobre los mecanismos de cooperación entre Estados y organizaciones u organismos internacionales que se ocupen de los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo las comisiones internacionales independientes de investigación establecidas por el Consejo de Derechos Humanos para ocuparse de los Estados en los que se han cometido violaciones sistemáticas, generalizas y graves de los derechos humanos. A menudo, los informes de esos órganos mencionan expresamente crímenes de lesa humanidad.

48. En segundo lugar, hay que contemplar los derechos de las víctimas y la protección de los testigos: tendría que aclararse el tema en detalle haciendo referencia a las convenciones pertinentes. Valdría la pena examinar las disposiciones relativas a la indemnización de las víctimas que figuran en el artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 91 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I).

49. En tercer lugar, hace falta una disposición clara que determine si la futura convención podría aplicarse con carácter retroactivo.

50. En cuarto lugar, habría que ocuparse del carácter del mecanismo obligatorio de solución de controversias, específicamente habría que determinar cuál sería la forma más apropiada que debería revestir dicho mecanismo.

Se levanta la sesión a las 11.55 horas.

3256ª SESIÓN

Martes 26 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/680, A/CN.4/L.853)

[Tema 10 del programa]

Primer informe del Relator Especial (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/680).

2. El Sr. MURASE agradece al Relator Especial su primer informe detallado sobre los crímenes de lesa humanidad. Aunque comparte su entusiasmo solo de pensar en que se pueda poner remedio a la impunidad de los autores de esos crímenes en todo el mundo, pone en duda el objetivo del proyecto de artículos y recuerda a este respecto que la Comisión no ha recibido como mandato elaborar un nuevo tratado, sino impulsar el desarrollo progresivo y la codificación de las normas consuetudinarias en vías de formación. Como han señalado varios miembros, hablar en esta fase de una «nueva convención» sobre los crímenes de lesa humanidad podría generar confusión. El primer informe no incluye ningún proyecto de artículo relativo al ámbito de aplicación, algo inimaginable. En efecto, es importante que los miembros de la Comisión y el gran público sepan cuáles son las cuestiones que constituirán el objeto de los trabajos. Además, la definición del ámbito de aplicación del proyecto de artículos permitirá evitar eventuales conflictos con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional u otros regímenes convencionales pertinentes o reducir su alcance.

3. Para definir los crímenes de lesa humanidad a los efectos del proyecto de artículos, el Relator Especial reproduce la definición que figura en el Estatuto de Roma, de conformidad con lo convenido entre los miembros durante las consultas oficiosas de 2012 y 2013. Hay que congratularse de ello, ya que si la Comisión optaba por otra definición, los Estados toparían a no dudarlo con graves dificultades. En vista de que hubo que salvar numerosos obstáculos para llegar a la definición enunciada en el artículo 7 del Estatuto de Roma, el orador encarece al Relator Especial que no se detenga demasiado en este aspecto y que haga hincapié más bien en los aspectos procedimentales de la cooperación entre Estados.

4. Por lo que respecta al método, el orador estima que el planteamiento adoptado causa problemas en lo que concierne al objeto de los trabajos, es decir, nuevamente, codificar y desarrollar el derecho internacional. Si bien puede aprobar las secciones A a C del capítulo II del primer informe, donde se dice, en particular, que «nadie ha cuestionado seriamente el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad y la atribución de responsabilidad penal individual por su comisión», no aprueba las repetidas remisiones a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, en las que el Relator Especial se funda para afirmar que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma bien arraigada del derecho internacional consuetudinario. En opinión del orador, es evidente que esas convenciones no tienen ningún valor probatorio directo del carácter consuetudinario del crimen de lesa humanidad y que solo pueden citarse a título de meras analogías.

5. En el capítulo IV del informe, el Relator Especial hace referencia a «los tratados multilaterales […] que se refieren a los delitos transnacionales». Ahora bien, el orador duda que la expresión «delitos transnacionales» sea apropiada, salvo para designar el crimen organizado. Señala, además, que algunas de las convenciones enumeradas en el párrafo 86 no versan sobre los crímenes de lesa humanidad en cuanto tales. El Relator Especial afirma en el párrafo 112 de su primer informe que el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio «sigue siendo un modelo útil» a los fines de la elaboración del proyecto de artículos. Sin embargo, cabe preguntarse si su planteamiento corresponde a una operación de codificación y desarrollo del derecho internacional o si se asemeja más bien a la elaboración de una nueva convención, lo que no compete al mandato de la Comisión. Por lo que se refiere al riesgo de fragmentación del derecho penal internacional, el orador señala que los partidarios de una nueva convención sobre los crímenes de lesa humanidad subrayan que un instrumento de esa índole constituiría una solución intermedia para los Estados que no han ratificado el Estatuto de Roma, los cuales podrían disponer así de una normativa legal sobre los crímenes de lesa humanidad. Ahora bien, nada permite afirmar que esa nueva convención vaya ser ratificada por un gran número de Estados y, a este respecto, el orador comparte el punto de vista expresado por el representante de Sudáfrica en la Sexta Comisión en 2013, el cual estimó, en particular, que existía el riesgo de que los Estados que no habían ratificado el Estatuto de Roma considerasen que les bastaba ratificar la convención sobre los crímenes de lesa humanidad propuesta y permanecer al margen de ese sistema[99]. El orador es plenamente consciente de la importancia de salvar la brecha en materia de inmunidad entre los Estados partes que han ratificado el Estatuto de Roma y aquellos que no lo han hecho, pero duda que la convención propuesta permita alcanzar ese objetivo dado que, *a priori*, no reconocería el principio de complementariedad entre los Estados y la Corte Penal Internacional. Simplemente espera que el proyecto de artículos en estudio no cree un régimen radicalmente diferente del establecido en el Estatuto de Roma.

6. El Relator Especial considera que una nueva convención contribuiría a reforzar la eficacia de la cooperación entre Estados. El orador conviene con el Relator Especial en que los trabajos deben girar en torno a esos aspectos procedimentales, pero no le convence plenamente su interpretación relativamente estricta del principio de «identidad o doble incriminación». El Relator Especial explica que, a causa de este, las discrepancias entre las legislaciones nacionales obstaculizan la cooperación entre Estados. Sin embargo, es bien sabido que el principio de doble incriminación no exige necesariamente que la infracción de que se trate se defina del mismo modo en el Estado requirente y en el Estado requerido. Como los ordenamientos jurídicos nacionales son diversos, es inevitable que definan los mismos actos de manera diferente. En otras palabras, no es muy

[99] A/C.6/68/SR.18, párr. 58.

convincente afirmar que, al imponer a los Estados la obligación convencional de aprobar una legislación penal especial que tipifique los crímenes de lesa humanidad basándose en una definición determinada, los Estados requeridos se vean imposibilitados de rechazar las solicitudes de cooperación que reciban invocando el principio de «doble incriminación». En realidad, las diferencias entre ordenamientos jurídicos nacionales no han sido nunca un obstáculo enorme a la cooperación entre Estados. Por lo demás, la cuestión de la obligación de adoptar una legislación penal relativa a los crímenes de lesa humanidad plantea otra más general: la de si, para sancionar esos crímenes, los Estados necesitan verdaderamente conferirles una categoría especial. Así, el Japón no cuenta con una legislación penal especial sobre los crímenes de lesa humanidad, pero nunca se ha considerado que ello fuera un obstáculo para la ratificación del Estatuto de Roma, pues el ordenamiento jurídico japonés es capaz de perseguir a los autores de tales crímenes y castigarlos en aplicación de su Código Penal.

7. En lo que concierne al proyecto de artículo 1, el orador no está seguro de que la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad estén bien arraigadas en derecho internacional consuetudinario, excepto en lo que respecta al Estatuto de Roma. En caso afirmativo, podría aprobar en cuanto al fondo el proyecto de texto propuesto, aun cuando este retome palabra por palabra las disposiciones de las convenciones sobre el genocidio y contra la tortura en una disposición relativa a los crímenes de lesa humanidad, lo cual parece bastante curioso. Además, el empleo de ciertos términos no es correcto, en particular el de «guerra», que habría que reemplazar por «conflicto armado». La expresión «territorio que esté bajo su jurisdicción» también plantea problemas: si el Relator Especial entiende que remite al territorio soberano, a los buques y las aeronaves que enarbolan el pabellón del Estado, a todo territorio ocupado y cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, valdría más decir «bajo su jurisdicción o control». A este respecto, el orador señala que el concepto de «influencia», mencionado por la Corte Internacional de Justicia 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)*, también se deberá tomar en consideración para evaluar ese «control» según la naturaleza de los actos que hay que prevenir.

8. En cuanto al proyecto de artículo 2, sobre la definición de crímenes de lesa humanidad, el orador observa que el Relator Especial vuelve a aplicar aquí el método del «*verbatim*» y propone repetir la definición enunciada en el artículo 7 del Estatuto de Roma con algunas modificaciones de carácter secundario. Ahora bien, este método, que puede parecer ideal y práctico, en realidad plantea varios problemas. En primer lugar, en un acceso de optimismo, el Relator Especial afirma en el párrafo 122 de su informe que esa definición «cuenta con un amplio apoyo entre los Estados» y, en el párrafo 176, que es «una definición ampliamente aceptada en el derecho internacional reconocido». Sin embargo, el estudio publicado en 2013 por la *International Human Rights Clinic* de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington puso de manifiesto que solo 10 de los 83 Estados examinados (o sea, aproximadamente un 12 %) habían retomado ese artículo tal cual[100]. Las palabras «ampliamente aceptada» suponen, en efecto, que esa definición sea no solo adoptada en el Estatuto de Roma, sino también aplicada por otros tribunales internacionales u órganos internacionales. Desgraciadamente no es así, en especial en lo que concierne a la exigencia de un «elemento político» (es decir, el elemento del ataque «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política»[101]). Por otra parte, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia minimizó la importancia de ese elemento en la sentencia dictada en la causa *Kunarac Kovač y Vuković*, al estimar que «la existencia de una política o de un plan [podía] ser pertinente en el marco de la administración de la prueba, pero [que] no se podía considerar como un elemento constitutivo del crimen» (párr. 98 de la sentencia). Además, el estudio antes mencionado mostró que solo 22 de los 34 Estados que habían aprobado leyes penales especiales sobre los crímenes de lesa humanidad mencionaban en ellas el elemento político. Dado que solo 12 de 83 Estados (o sea, solamente un 15 %) han adoptado ese elemento en su legislación, parece difícil afirmar que la definición del artículo 7 ha sido ampliamente aceptada. En segundo lugar, el Relator Especial afirma en el párrafo 122 de su primer informe que sería útil reproducir la definición del artículo 7 para promover el régimen de complementariedad del Estatuto de Roma. Ahora bien, no es indispensable reforzar las leyes internas conformes al Estatuto y no es ello, por lo demás, el sentido de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. En su resolución sobre la admisibilidad dictada en la causa contra *Saif Al-Islam Gaddafi*, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, a fin de determinar si la investigación interna y la de la Corte concernían al mismo asunto, estimó que no era necesario que la investigación interna tuviera por objeto la persecución penal de crímenes internacionales, desde el momento en que versaba sobre los mismos hechos. Lo esencial es que las infracciones perseguidas por los Estados en aplicación de su legislación penal correspondan suficientemente a aquellas contra las cuales procede judicialmente la Corte. En otras palabras, los Estados no tienen por qué adoptar la definición enunciada en el artículo 7 para que el principio de complementariedad sea respetado, puesto que el Estatuto de Roma no obliga a los Estados a tipificar como delitos los actos que corresponden a la esfera de competencia de la Corte. Por consiguiente, aun cuando pueda parecer ideal reproducir la definición del artículo 7 del Estatuto de Roma, hacerlo fuera del régimen establecido por este socavaría el sistema de pasarela entre delitos nacionales y delitos internacionales establecido por el régimen de complementariedad.

9. El Relator Especial considera que el uso de la definición del artículo 7 permitiría reducir al mínimo el riesgo de fragmentación del derecho penal internacional, pero luego sería necesario aún que la nueva convención

[100] *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 reimpreso 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.

[101] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7.

obtuviera la adhesión de muchos Estados, objetivo difícilmente alcanzable a corto plazo, cuanto más que hasta los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma se han mostrado reacios a transponer la definición del artículo 7 a su derecho interno. Por último, la Comisión debería centrar su atención en los aspectos procedimentales de la cooperación entre Estados y no en los aspectos sustantivos de la prevención y la definición del crimen de lesa humanidad, por cuanto no parece que estos estén plenamente arraigados en derecho internacional consuetudinario, salvo por lo que se refiere al Estatuto de Roma. A este respecto, habrá que esperar al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional para poder empezar a codificar las normas de fondo. Para terminar, el orador dice que los proyectos de artículo propuestos le inspiran algunas reservas, pero que no se opondrá a que sean remitidos al Comité de Redacción si la mayoría de los miembros se pronuncian a favor de tal remisión.

10. El Sr. FORTEAU felicita al Relator Especial por la excelsa calidad de su primer informe, que versa sobre dos cuestiones fundamentales para el proyecto: la de la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad y la de su definición. Si bien reconoce que los datos reunidos sobre estas dos cuestiones constituyen un conjunto impresionante, estima preocupante la longitud del informe, que será difícil de examinar en detalle en unas pocas sesiones plenarias. En concepto de observaciones generales, el orador quisiera destacar el interés de las respuestas escritas transmitidas por algunos Estados y, en vista de su reducido número, invitar a la Comisión a pedir una vez más a los Estados que le proporcionen elementos de información sobre su práctica. Coincide con el Relator Especial en que hace falta una convención sobre los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional penal actual, por lo menos en lo que respecta a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y la cooperación entre Estados. Conviene asimismo en que la redacción de ese proyecto de convención o proyecto de artículos debe llevarse a cabo con prudencia y en que debe prestarse una atención especial a las normas y los instrumentos ya existentes, en particular el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

11. A este respecto, es preciso señalar la existencia de una importante laguna en el primer informe del Relator Especial, el cual no hace referencia alguna a los derechos de los refugiados, siendo así que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, concierne directamente al tema de los crímenes de lesa humanidad. En efecto, el artículo 1 F de dicha Convención establece que «[l]as disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: *a*) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; […]». Habría sido útil disponer ya de algunas indicaciones sobre esta cuestión en el informe que se examina. Efectivamente, convendrá asegurarse de que el proyecto de artículos que prepara la Comisión no venga a chocar con las interpretaciones de ese artículo que hagan los órganos jurisdiccionales competentes. Desde este punto de vista, la articulación del derecho de los refugiados con los mecanismos de cooperación judicial y extradición merecerán ser objeto de un análisis separado. Por ejemplo, habrá que determinar en qué medida la obligación *aut dedere aut iudicare* se aplica en el caso de una persona que reúne los requisitos para que se le reconozca la condición de refugiado, pero a la que no se le reconoce tal condición basándose en que existen motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen de lesa humanidad, como establece el artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El orador quisiera subrayar también que es necesario determinar, desde el comienzo de los trabajos, el grado de generalidad y el grado de precisión que la Comisión estima oportuno alcanzar en la redacción de las disposiciones de la futura convención. Por su parte, se inclina a considerar que el proyecto de convención debe tener cierta flexibilidad, con el fin de articularse lo mejor posible con los regímenes existentes, sean de derecho interno o de derecho internacional. Al mismo tiempo, habría que asumir obligaciones claras y firmes, por ejemplo, en lo concerniente a la obligación de tipificación penal. Estos dos elementos —la necesidad de flexibilidad y la necesidad de firmeza— deberían llevar a la aprobación de un texto de convención redactado en términos a la vez generales, simples y directos. La propuesta que ha hecho el Sr. Gómez Robledo de incluir un párrafo dedicado al carácter de norma de *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad no es por eso muy oportuna. Este género de precisión no tiene ninguna trascendencia jurídica práctica y se corre el riesgo de sobrecargar inútilmente el texto.

12. En lo que concierne al proyecto de artículo 1, el orador aprueba el principio mismo de la inclusión de una disposición relativa a la obligación general de prevenir y sancionar y dice que sus observaciones versarán únicamente sobre la manera de formularla. Aunque el párrafo 1, que está basado en el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, merece ser aprobado como está, no parece oportuno añadir un párrafo 2 relativo a las medidas específicas de prevención, y ello por tres razones. En primer lugar, el párrafo 2 no prevé, contrariamente a lo que indica el Relator Especial, medidas «específicas» de prevención, sino medidas muy genéricas, puesto que se trata de «medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces». En realidad, abarca todas las medidas de prevención, de manera que no se ve muy bien cuál es la diferencia con el párrafo 1. En segundo lugar, el orador no acaba de entender si el Relator Especial pretende dar el mismo sentido al término «prevención» en los párrafos 1 y 2. En efecto, el párrafo 2 parece definir la prevención de forma más restringida que el párrafo 1, puesto que contiene la precisión «para impedir los crímenes de lesa humanidad», que no figura en el párrafo 1. De una manera más general, por otra parte, el Relator Especial no se ha esforzado por definir en su informe lo que entiende por «prevención» de los crímenes de lesa humanidad. ¿Se trata de limitar el concepto de prevención solo a los supuestos en que está a punto de cometerse un crimen de lesa humanidad, o bien se trata de una concepción un poco más amplia de la prevención? El informe del Relator Especial no arroja mucha luz sobre este punto ya que se atiene a un solo aspecto de la prevención de los crímenes, abordando únicamente la prevención en sentido estricto, es decir, en los términos del fallo dictado en 2007 por la Corte Internacional de

Justicia 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 prevención cuando existe «un grave riesgo de comisión» de un crimen (párr. 431 del fallo). Por lo demás, la Corte adoptó una definición aún más estricta de la prevención de los crímenes de genocidio, al estimar en el mismo fallo que solo hay violación de la obligación de prevenir si el crimen se comete efectivamente; se trata de una obligación de prevenir la comisión inminente de crímenes más bien que de una obligación «de prevenir esos crímenes» en un sentido más amplio.

13. Sin embargo, actualmente parece que la prevención de los crímenes internacionales se concibe, en cualquier otro foro que no sea la Corte Internacional de Justicia, de manera más amplia que la simple obligación de prevenir la comisión inminente, a punto de producirse, de crímenes internacionales. Así lo atestiguan, en particular, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos relativas a la prevención del genocidio, la última de las cuales se aprobó en marzo de 2015[102], además de los dispositivos legislativos relativos a la lucha contra la apología de crímenes de lesa humanidad y las jurisprudencias correspondientes, por ejemplo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El orador piensa asimismo en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, que obliga a los Estados miembros a castigar «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante» de los crímenes de lesa humanidad[103] y que puede considerarse que pertenece al ámbito de la prevención de los crímenes. El Relator Especial no ha examinado tampoco la práctica nacional existente en materia de prevención de los crímenes de lesa humanidad. Alude a ella en su informe, pero no dice nada del contenido exacto de la prevención de los crímenes de lesa humanidad en la práctica actual. Todos esos aspectos tendrían que haber sido objeto de un examen detallado para que la Comisión pueda hacerse una idea clara de lo que va a clasificar dentro del concepto de «prevención» de los crímenes de lesa humanidad. Por ahora, el orador no está seguro de haber comprendido bien lo que el Relator Especial entiende por ese término y tiene dudas acerca del concepto demasiado restrictivo adoptado en el informe. Por último, la tercera razón por la que estima que el párrafo 2 introduce cierta confusión con respecto a lo que se dice en el párrafo 1 es que el párrafo 2 fija un límite territorial a la obligación de prevenir, siendo así que el Relator Especial admite en el párrafo 113 de su primer informe que la obligación de prevenir no está limitada territorialmente. Así lo constató, de hecho, la Corte Internacional de Justicia 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)*. En opinión de la Corte, la obligación de prevenir no está limitada por razones de territorio, sino que «[s]e [aplica] a un Estado independientemente del lugar en que esté actuando o puede ser capaz de actuar» (párr. 183 del fallo). Solo cuenta «la capacidad» de cada Estado de «influir efectivamente en la acción de las personas que pueden cometer o están cometiendo un genocidio» (párr. 430) y esa capacidad depende, en especial, «del alejamiento geográfico del Estado en cuestión respecto del lugar de los hechos» (ibíd.). Además, la mayoría de las convenciones mencionadas en el párrafo 86 del primer informe tampoco incluyen una limitación por razón del territorio. Del mismo modo, las resoluciones de la Asamblea General enumeradas en el párrafo 94 no incluyen ninguna limitación territorial de la obligación de prevenir. Es cierto que otras convenciones, en cambio, limitan el ámbito de aplicación territorial de la obligación de prevenir, pero esas convenciones no son pertinentes en este caso pues conciernen al derecho internacional de los derechos humanos y no a los crímenes de lesa humanidad. Ahora bien, la obligación de prevenir se debe definir de manera más amplia en el caso de los crímenes de lesa humanidad. Como subrayó la Corte Internacional de Justicia en 2007, el contenido de la obligación de prevenir depende «de la naturaleza misma de los actos que se trata de prevenir» (párr. 429 del fallo), y el orador piensa que el régimen de los crímenes de lesa humanidad debe ajustarse, no a lo que disponen la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o las convenciones relativas a los derechos humanos, sino a lo que establece la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en cuanto que los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la misma categoría de crímenes que el genocidio y que la obligación de prevenir no se debe sujetar a ninguna limitación territorial. Por estas diferentes razones, el orador considera que el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 se basta a sí mismo y que hay que suprimir el párrafo 2. Es suficiente, como hace la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, enunciar de manera clara y precisa que todo Estado se compromete a prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad. No obstante, habría que modificar ligeramente el párrafo 1, que, en su versión actual, califica los crímenes de lesa humanidad de «crímenes contemplados en el derecho internacional», lo que es totalmente insuficiente. Es cierto que tal es la formulación empleada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero en 1948 no había otros crímenes internacionales más que los que ahora corresponden al ámbito del Estatuto de Roma, mientras que actualmente existen otros crímenes «según el derecho internacional». Por eso, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional emplea, para definir las cuatro categorías de crímenes que son de la competencia de la Corte, la expresión «los crímenes más graves de trascendencia internacional» o «de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto». Lo mismo hizo también la Comisión en el período de sesiones anterior, al indicar en su informe final sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)[104] que esta obligación se aplica a los crímenes más graves de trascendencia internacional. Cabría inspirarse en esa fórmula, que permitiría poner claramente de relieve que los crímenes de lesa humanidad no son equiparables a cualquier delito internacional.

14. En lo que concierne al párrafo 3 del proyecto de artículo 1, el orador dice no tener aún una posición firme

[102] Resolución 28/34 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 2015.

[103] Artículo 1, párr. 1 *c*, de la Decisión Marco.

[104] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 100 y ss., párr. 65.

acerca de si es necesario incluirlo o no, pero que su tenor encontraría mejor acomodo en el proyecto de artículo que el Relator tiene la intención de proponer sobre las medidas que cada Estado debe adoptar para que los crímenes de lesa humanidad constituyan una infracción en su derecho interno. La cuestión de las posibles causas de justificación del crimen encaja mejor en el régimen de la tipificación penal que en el de la obligación general de prevenir y sancionar. En definitiva, el orador se inclina a considerar que el proyecto de artículo 1 debería limitarse a lo que se dice en el párrafo 1. Finalmente, una última observación, el Relator Especial tiene toda la razón al considerar en el párrafo 113 del primer informe que la obligación de sancionar y prevenir los crímenes de lesa humanidad supone la existencia de una obligación consuetudinaria que incumbe al Estado de no cometer él mismo tales crímenes. Si no se incluye esa aclaración en el párrafo 1 —y tal vez merecería ser incluida, como ha propuesto el Sr. Gómez Robledo—, será preciso en todo caso que figure en el comentario.

15. En cuanto al proyecto de artículo 2, relativo a la definición de crímenes de lesa humanidad, el orador conviene plenamente en que no hay que poner en tela de juicio la definición adoptada en 1998 en el Estatuto de Roma. Al mismo tiempo, hay que tener conciencia de que su mera transposición puede suscitar dos tipos de dificultades. Por una parte, algunos Estados han incorporado al ordenamiento jurídico interno los crímenes definidos en el Estatuto de Roma, pero a veces lo han hecho, como se desprende de las observaciones que han remitido, modificando marginalmente esa definición. Sin embargo, como se desprende de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales penales internacionales existentes, lo determinante para velar por que los órganos jurisdiccionales internos repriman debidamente los crímenes internacionales no es que el tipo penal interno sea de todo punto idéntico al que se aplica en el ámbito internacional, sino que el tipo penal interno se defina de tal manera que permita llegar al mismo resultado que se alcanzaría si el órgano jurisdiccional ante el que se hubiera incoado el procedimiento fuera un tribunal internacional. El orador considera importante que esa flexibilidad o margen de maniobra figure en el proyecto de artículo. Lo mismo constató el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al estimar, en el asunto *Jorgic c. Alemania*, que competía a los tribunales nacionales decidir sobre la interpretación de los crímenes internacionales de los que habían de conocer y que, a este respecto, las autoridades nacionales disponían de cierto margen de apreciación. Se trataba en el presente caso del genocidio, pero se puede decir lo mismo de los crímenes de lesa humanidad. Así, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, dispone que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad, si bien adopta una definición de la desaparición que difiere de la del Estatuto de Roma en dos aspectos, ya que no contiene el elemento intencional de la desaparición forzada ni especifica que la desaparición debe producirse «por un período prolongado», de manera que es más amplia que la del Estatuto de Roma. Limitándose pura y simplemente a reproducir la definición del Estatuto de Roma, la Comisión corre el riesgo de situarse en la cuerda floja con respecto a la evolución normativa posterior a 1998. Por eso el orador entiende que hay que conservar el proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial a manera de «umbral mínimo», pero que conviene agregarle un nuevo párrafo que reserve la posibilidad de definiciones más amplias del concepto de crimen de lesa humanidad, algo que, por lo demás, estaría en conformidad con el artículo 10 del Estatuto de Roma. Si desea reproducir fielmente en su proyecto de convención la definición del Estatuto de Roma, la Comisión debe incluir no solo la sustancia del artículo 7, sino también la del artículo 10. En un comentario sobre el artículo 10, publicado recientemente en una obra, el Magistrado Bennouna señalaba que dicho artículo tenía por objeto evitar que el Estatuto de Roma fuera percibido como un instrumento que limitaba o afectaba las normas existentes o en formación concernientes a órganos distintos de la Corte, subrayando entre otras cosas que «el Estatuto representa[ba] sobre todo un mínimo denominador común, lo cual no [impedía] que las leyes y los tribunales nacionales [fueran] más allá y [ampliasen] la base de tales crímenes que [fueran] de su exclusiva competencia»[105]. A estos efectos, el orador estima que podría añadirse al proyecto de artículo 2 un nuevo párrafo inspirado en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el cual dispone que «[e]l presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance». Esto sería una manera constructiva de evitar que se pusiera en tela de juicio la definición del Estatuto de Roma, permitiendo al mismo tiempo contar con una definición sin perjuicio de la evolución futura o ya existente del derecho interno o del derecho internacional, que se admitiría siempre que —y solo siempre que— ampliara y no restringiera la definición aprobada en 1998 en Roma. Por último, el orador considera que habrá que decir alguna palabra sobre la cuestión del principio de identidad o doble incriminación, puntualizando que la tipificación de un acto determinado como crimen de lesa humanidad se entiende sin perjuicio de su tipificación como crimen de guerra o como crimen de genocidio. En conclusión, el orador recomienda que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

16. El Sr. NOLTE agradece al Relator Especial su primer informe, denso a la par que constructivo, el cual, aun cuando hubiera podido ser más breve, va bien encaminado. Encarece en particular el esfuerzo que ha realizado el Relator Especial para insertar su labor en la continuidad del Estatuto de Roma y la práctica de la Corte Penal Internacional. Se adhiere a las observaciones generales que ha hecho la Sra. Escobar Hernández acerca de la necesidad de situar los trabajos de la Comisión en la perspectiva más amplia de la prevención y la sanción de los crímenes internacionales en cuanto objetivo de la comunidad internacional y, como otros miembros, considera que el proyecto de convención sobre los crímenes de lesa humanidad que la Comisión se propone elaborar debe completar los dispositivos normativos e institucionales existentes en los ámbitos nacional e internacional, en particular la Corte, que tienen por objeto prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Así pues, la Comisión debe tener presente también el efecto cumulativo de las medidas colectivas.

[105] M. Bennouna, «Article 10», en J. Fernandez y X. Pacreau (dirs.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, t. I, París, Pedone, 2012, pág. 565.

17. Pasando a considerar el párrafo 2 del proyecto de artículo 1, el orador manifiesta no comprender por qué el Relator Especial limita a «todo territorio que esté bajo su jurisdicción» la obligación que incumbe a todo Estado de tomar medidas eficaces para impedir los crímenes de lesa humanidad, cuando en los párrafos 95 a 101 del primer informe reitera la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia 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)*, en la que esta estimó que el deber de prevención derivado de la Convención no se limitaba al territorio bajo la jurisdicción de un Estado sino que más bien resultaba determinado por «la capacidad de influencia del Estado […] dentro de los límites del derecho internacional» (párr. 430 del fallo). Dado que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad están fundamentalmente muy próximos, el orador no ve ningún motivo para ser más restrictivo que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Si bien conviene con el Sr. Forteau en que el deber de prevención no tendría que restringirse a los solos supuestos en que la comisión de un crimen de lesa humanidad sea inminente, estima por su parte que el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 atiende debidamente a esa preocupación. La Comisión debería tener presente también que ciertos tratados relativos a los derechos humanos imponen a los Estados partes la obligación de respetar y garantizar los derechos que establecen «dentro de los límites de su jurisdicción», sin que esa obligación se circunscriba expresamente al territorio del Estado parte interesado o, por lo menos, sin que sea interpretada de ese modo. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el orador propone que en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 bien se supriman las palabras «en todo territorio», o bien se vuelva a formular el párrafo retomando los términos de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia antes mencionada, con lo que dicho párrafo quedaría redactado así: «Todo Estado parte adoptará, en función de su capacidad de influencia y dentro de los límites del derecho internacional, medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas para impedir que se cometan crímenes de lesa humanidad». Es verdad que, así modificada, la obligación enunciada sería «más amplia y, por tanto, tal vez menos clara, con respecto a la adopción de medidas concretas», cosa que precisamente el Relator Especial trata de evitar, como se indica en el párrafo 115 del informe. Sin embargo, el orador no cree que ello sea motivo suficiente para rechazar implícitamente la importante evolución que ha constituido la mencionada sentencia de la Corte de Justicia Internacional en la esfera de la protección contra las violaciones de los derechos fundamentales y los crímenes internacionales más odiosos.

18. Al abordar el examen del párrafo 3 del artículo 1, el orador se declara partidario de la inclusión de una cláusula de exclusión de excepciones, pero estima que habría que aclarar las relaciones de dicha cláusula con el artículo 31 del Estatuto de Roma, relativo a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Si, como cree entender, el párrafo 3 no tiene como finalidad excluir las circunstancias eximentes enunciadas en dicho artículo, quizás debería ser objeto de un artículo separado. En tal caso se vería más claramente que se dirige a los Estados y que no concierne en absoluto a la responsabilidad penal de los individuos. Al igual que el Sr. Gómez Robledo, el orador opina que el proyecto de convención debería establecer expresamente que los Estados tienen el deber de no cometer crímenes de lesa humanidad y que la prohibición de cometer tales crímenes no se aplica únicamente a los individuos, como ha establecido la Corte Internacional de Justicia en su jurisprudencia relativa a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

19. Por lo que hace al proyecto de artículo 2, el orador observa con satisfacción que el Relator Especial ha reproducido textualmente el artículo 7 del Estatuto de Roma en su definición de crímenes de lesa humanidad y que ha basado las explicaciones relativas a cada uno de los elementos de la definición en citas exactas de la jurisprudencia pertinente de la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales. Con todo, esta jurisprudencia puede evolucionar, igual que, como ha hecho observar la Sra. Escobar Hernández, los elementos de los crímenes. Así pues, si no se tiene cuidado, existe el riesgo de que la interpretación de la futura convención diverja de la jurisprudencia de la Corte tal cual esta haya evolucionado. Además, los Estados tal vez decidan, al aplicar la convención, atenerse a la jurisprudencia tal como existía en la fecha en que suscribieron ese documento. Por consiguiente, para garantizar, en la medida en que ello sea razonablemente posible, que el régimen establecido por la futura convención y el sistema del derecho penal internacional experimenten una evolución paralela coherente, el orador propone incluir en el proyecto de artículo 2 un nuevo párrafo 4 que diga lo siguiente: «A efectos de la interpretación de la presente disposición habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional». Esta disposición impondría a quienes apliquen la convención la obligación, no de ajustarse a la jurisprudencia de la Corte, sino de «tenerla en cuenta», lo cual, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no supone otra cosa que tomarla en consideración como un medio de interpretación entre otros.

20. En lo que concierne al futuro programa de trabajo, el orador dice que, para elaborar una convención, tal como parece ser el fin de los trabajos emprendidos por el Relator Especial, la Comisión no tiene necesidad de distinguir entre desarrollo progresivo y simple codificación. No comprende la objeción del Sr. Murase, según el cual la elaboración de una convención no compete al mandato de la Comisión, cuando esa es precisamente su razón de ser: elaborar proyectos de convención codificando el derecho existente e impulsando su desarrollo progresivo. La Comisión puede hacer cuantas propuestas innovadoras desee a los Estados, los cuales serán libres de aprobarlas o no en forma de una convención. Así, en este caso, la Comisión no tendrá que aclarar para cada proyecto de artículo si es expresión de la *lex lata* o de la *lex ferenda*, como habría de hacerlo en relación con unos trabajos dirigidos a identificar el derecho internacional consuetudinario en vigor para tribunales nacionales. En cambio, tiene que optar entre elaborar una convención que consiga fácilmente la adhesión de los Estados pero sea poco exigente, o elaborar una convención que enuncie obligaciones rigurosas y quizás, en algunos casos, inéditas, que podrían suscitar la renuencia de algunos Estados, al menos de momento. No es posible evidentemente zanjar

esta cuestión en abstracto, pero sería útil que la Comisión reflexionase, en una fase relativamente temprana de sus trabajos, sobre la orientación general que entiende dar al proyecto y sobre el nivel de ambición que quisiera dar a la futura convención, examinando las diferentes soluciones posibles. A tal efecto, podría entablar unas consultas preliminares, dirigidas por el Relator Especial. Una de las cuestiones que habría que examinar en este marco podría ser, por ejemplo, la de si los crímenes de lesa humanidad deberían quedar excluidos de la competencia de los tribunales militares.

21. El Sr. CAFLISCH agradece al Relator Especial su primer informe, completo y matizado, sobre los crímenes de lesa humanidad, concepto difícil de definir en muchos aspectos. Saluda en particular la atención prestada a las normas existentes, sobre todo a las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Si bien no está totalmente persuadido de la necesidad de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad, considera prematuro, en esta fase de los trabajos, pronunciarse definitivamente sobre esta cuestión, por lo que se limitará a hacer algunas observaciones preliminares antes de comentar los proyectos de artículo propuestos. Está de acuerdo con el Relator Especial cuando este afirma que el Estado debe prevenir los crímenes de lesa humanidad y, si procede, sancionar a sus autores, en la medida en que le sea posible; que se trata de una obligación de comportamiento y no de resultado y que esta obligación existe tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; y que los crímenes en cuestión deben estar dirigidos contra la «población civil». Añadiría por su parte que, cuando tales actos han sido patrocinados por un Estado, este asume por ellos la responsabilidad internacional, que es independiente pero concomitante con la de la persona física que ha cometido los actos prohibidos.

22. El orador está de acuerdo en cuanto al fondo con el primer párrafo del proyecto de artículo 1, pero estima que las palabras «Todo Estado parte confirma que» podrían inducir a creer que una confirmación de esa obligación es necesaria y que esta solo puede emanar de las partes contratantes, cuando se trata en realidad de una obligación que incumbe a todos los Estados. Además, sería preferible hacer referencia a los «conflictos armados» en vez de a la «guerra» y calificar los hechos en cuestión de «crímenes internacionales» en vez de «crímenes de lesa humanidad». De esta manera, el párrafo 1 diría así: «Los crímenes de lesa humanidad, cometidos en tiempo de paz o de conflicto armado, son crímenes internacionales que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar». En lo que concierne al proyecto de artículo 2, el Relator Especial ha hecho bien en conservar la sustancia del artículo 7 del Estatuto de Roma, pero cabe preguntarse cuál es la utilidad de dedicar una nueva convención a los crímenes de lesa humanidad si esa convención da de tales crímenes una definición rigurosamente idéntica a la enunciada en el Estatuto de Roma, que es lo que hace, salvo unas pocas palabras, el proyecto de artículo 2. El orador recuerda los cuatro elementos principales de la definición enunciada en el proyecto de artículo. En primer lugar, la infracción puede ser cometida por cualquiera: agentes civiles del Estado, militares y actores no estatales, incluidas personas físicas que no mantienen ningún vínculo con la autoridad estatal. En segundo lugar, debe cometerse como parte de un ataque «generalizado» o «sistemático»; eso da a entender, como alegó el Gobierno suizo en su comentario relativo al Estatuto de Roma, que debe haber sido cometida en todo caso varias veces y como parte de una política, lo que debe «permitir excluir […] los actos aislados, sin relación con un ataque contra la población civil»[106]. En tercer lugar, los actos criminalizados deben ser cometidos contra la «población civil» en sentido amplio, lo que comprende, en caso de conflicto armado, a todas las personas que no participan directamente en el conflicto, incluidos, una vez más según el Gobierno suizo, «los miembros de las fuerzas armadas que han rendido las armas, así como todas las demás personas que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa». A juicio del Relator Especial, la expresión «población civil» puede abarcar incluso a personas aisladas que no satisfagan los criterios del concepto de «población civil» y los actos en cuestión no deben necesariamente estar dirigidos contra una población civil en su totalidad (párrs. 135 y 136 del primer informe). A estas exigencias objetivas se suma finalmente un elemento subjetivo: el presunto autor de un crimen de lesa humanidad debe haber sido consciente de obrar como parte de un ataque, generalizado o sistemático, pero no es necesario sin embargo que haya estado al corriente de todos los detalles relativos a ese ataque, ni que haya tenido para actuar ningún motivo personal. No todos estos elementos que caracterizan y aclaran el concepto de crimen de lesa humanidad son fáciles de comprender y aplicar, en particular el elemento subjetivo. El orador opina, al igual que el Sr. Forteau, que habría que incluir una disposición que reprodujera los términos del artículo 10 del Estatuto de Roma y, en conclusión, aprueba que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

23. El Sr. VALENCIA-OSPINA felicita al Relator Especial por su primer informe detallado y muy bien documentado. Dado que la Comisión ya reconoció la importancia del tema tratado en el marco de los debates de 2013 y 2014, el orador no considera útil volver a examinar las cuestiones planteadas en el capítulo I del informe. Pasando a considerar la introducción, el orador aprueba el enfoque adoptado por el Relator Especial, cuyo propósito es elaborar «un proyecto de artículos que [pueda] servir de base para una convención internacional sobre los crímenes de lesa humanidad». Este enfoque es plenamente conforme a las disposiciones del estatuto de la Comisión y a la práctica desarrollada en virtud de estas. Llegado el momento, corresponderá a la Comisión recomendar la aprobación de una convención sobre la base de su proyecto de artículos y a la Asamblea General adoptar las disposiciones que estime apropiadas para dar curso a esta recomendación.

24. El orador estima muy útil la información general contenida en los capítulos II y III del primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad y las convenciones multilaterales existentes que son pertinentes a los efectos de los trabajos de la Comisión relativos a este tema y no tiene ningún comentario en concreto que hacer a

[106] Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre Definiciones y Elementos de los Crímenes, 1999, «Commentary submitted by Switzerland on Article 7 of the Statute of the International Criminal Court».

este respecto en esta fase del debate excepto aprobar al Relator Especial cuando señala que las convenciones que pertenecen a la categoría de las «otras convenciones que pueden ser pertinentes» «pueden facilitar orientación significativa» sobre las cuestiones de que tratan y que «el valor y la eficacia de las distintas disposiciones deben evaluarse en su contexto».

25. El orador tampoco tiene ningún comentario en concreto que hacer sobre las explicaciones que figuran en el capítulo V del primer informe, dedicado a la definición de «crímenes de lesa humanidad». En lo que se refiere al proyecto de artículo 2, que reproduce textualmente el artículo 7 del Estatuto de Roma, opina que la Comisión obraría con acierto si tomara ejemplo del Relator Especial y no tratara de mejorar un texto ampliamente aceptado por los Estados. Pasando al capítulo IV del informe, relativo a la prevención, el orador señala que, en su calidad de Relator Especial del tema «Protección de las personas en casos de desastre», realizó un análisis en profundidad del principio de prevención en derecho internacional en su sexto informe, en el que estimaba que la mitigación y la preparación constituían «manifestaciones concretas del principio general de prevención, que se sitúa en la raíz del derecho internacional» y demostraba que «[l]a existencia de una obligación […] internacional de prevenir el daño […] [encontraba] su apoyo en el derecho de los derechos humanos y el derecho ambiental»[107]. Con ocasión del debate sobre este informe, el Sr. Murphy estimó que era una exageración afirmar que la prevención era un principio general del derecho internacional en la medida en que todo principio de prevención debía lograr prevenir actos concretos y que era preferible reconocer simplemente que un deber de tomar medidas de prevención existía en otras ramas del derecho internacional, de las que eventualmente se podían sacar conclusiones por analogía. Sin embargo, en su primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, el Sr. Murphy (Relator Especial) no da ningún detalle acerca del contenido de la obligación de prevenir, excepto para circunscribir su alcance al territorio que esté bajo la jurisdicción del Estado interesado en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 y el párrafo 115 del informe. Parece así considerar que limitar el ámbito territorial de la obligación es lo que permite dejar a los Estados la libertad de apreciar las medidas que han de adoptarse para cumplir su obligación, mientras que, a juicio del orador, esa libertad de apreciación resulta más bien de la falta de explicaciones acerca de lo que se supone que tienen que hacer los Estados para realizar una prevención eficaz.

26. Aun cuando, como se señala en la sección A del capítulo IV del primer informe, las convenciones existentes en las esferas del derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos contienen disposiciones relativas a la prevención, en la práctica esas disposiciones quedan a menudo relegadas a un segundo plano en provecho de la tipificación penal y la acción penal. Si bien es cierto que estas últimas, por su poder de disuasión, desempeñan un papel importante en la prevención, esta no puede resumirse en la sanción, como concluyó la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. El deber de prevención, en relación con los crímenes de lesa humanidad, plantea especiales dificultades. Por ejemplo, el primer nivel de prevención aplicado por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que consiste en realizar visitas a todos los lugares donde haya personas privadas de libertad y que por tal motivo corran el riesgo de ser objeto de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no se puede aplicar en el caso de los crímenes de lesa humanidad por la simple razón de que no existen lugares concretos en los que podría concentrarse un número elevado de víctimas potenciales de tales crímenes. Un segundo aspecto de ese primer nivel de prevención que a menudo se toma en consideración en las convenciones y los tratados concierne a las medidas específicas que deben adoptar los Estados, como la aprobación de leyes o el establecimiento de instituciones y políticas para sensibilizar sobre el carácter criminal de un acto determinado, o también la organización de actividades de formación destinadas a los agentes del Estado. El orador opina que este aspecto de la prevención es poco pertinente en el contexto de los crímenes de lesa humanidad, con mayor razón si, como propone el Relator Especial, la obligación de prevenir está limitada al territorio que se encuentra bajo la jurisdicción del Estado de que se trata. En efecto, aplicada a esos crímenes que, según la definición enunciada en el proyecto de artículo 2, son actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático, es decir, con la participación de un Estado o de una organización dotada de la estructura de un Estado, la obligación de prevenir considerada desde este punto de vista querría decir en la práctica que los Estados deberían evitar ellos mismos la comisión de crímenes de lesa humanidad mediante la formación de su propio personal. Una disposición expresa dedicada a tales medidas podría figurar sin duda en una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad, pero su efecto preventivo probablemente sería limitado. De lo que antecede se desprende que, si se quiere tomar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como referencia a los efectos de la prevención de los crímenes de lesa humanidad, es más bien desde el ángulo de la lucha contra la impunidad que hay que inspirarse en ella.

27. Como explicó Lord Browne-Wilkinson en el asunto *Pinochet* (núm. 3), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no se adoptó para definir un crimen internacional que no existía hasta entonces, sino para establecer un sistema internacional en el que los torturadores no pudieran sustraerse a la acción de justicia. Esa misma idea es la que parece sustentar el informe. Como se indica en el párrafo 39, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad y, en particular, de ciertos actos como la tortura patrocinada por el Estado tiene carácter de *ius cogens*. La instauración de un sistema internacional que permita perseguir penalmente a los autores de tales crímenes dondequiera que se encuentren en el mundo limitaría los riesgos de que eludan a la justicia y constituiría un poderoso medio de disuasión. Se dispondría así, en el plano internacional también, lo que cabría denominar un tercer nivel de prevención, mucho más eficaz que los sistemas equivalentes en el plano nacional.

[107] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/662, pág. 1, párrs. 40 y 41.

28. Para que un sistema de esta índole pueda funcionar, deben reunirse varios elementos. En primer lugar, los crímenes de lesa humanidad deben constituir infracciones en el derecho interno de los Estados; de no ser así, no se puede cumplir la obligación de ejercer la jurisdicción universal, que es la segunda condición requerida. A este respecto, el Relator Especial es partidario de imponer a los Estados la obligación de ejercer la competencia con respecto a los presuntos autores que se encuentren en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. Si se cumpliera dicha obligación, los autores de crímenes internacionales no encontrarían refugio en ningún lugar. Teniendo en cuenta la naturaleza cada vez más compleja de los conflictos internacionales, en el marco de los cuales se comete la mayor parte de los crímenes de lesa humanidad, tal vez fuera de desear que se hiciera extensiva la jurisdicción universal, a los efectos de preservar las pruebas, a las situaciones en las que solo los testigos de un presunto crimen de lesa humanidad se encuentren en el territorio de un Estado.

29. La obligación de ejercer la jurisdicción universal entraña como corolario la obligación de extraditar o juzgar, tema cuyo examen la Comisión decidió cerrar el pasado año. El Sr. Kittichaisaree, que presidía el Grupo de Trabajo sobre este tema, ya explicó el estrecho vínculo que existía entre ambos. El orador estima igualmente que la Comisión debería profundizar en esta cuestión, siempre que solo examine la necesidad de extender la jurisdicción universal a los crímenes de lesa humanidad en el estricto marco del proyecto de artículos y a la luz de las convenciones internacionales ya adoptadas sobre el tema. Este comentario podría dar pie asimismo a preguntarse si el hecho de que varios Estados sean competentes respecto de esos crímenes puede plantear algún problema y si sería factible o deseable permitir que un Estado que no tiene atribuida competencia en un asunto determinado emprenda una investigación a fin de preservar las pruebas.

30. Finalmente, los Estados deberían estar obligados a levantar todos los obstáculos potenciales a la persecución penal prohibiendo en particular las medidas de amnistía relativas a crímenes de lesa humanidad y las inmunidades excesivamente amplias. El tercer informe de la Sra. Escobar Hernández, Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado[108], incluye una larga lista de agentes del Estado que se han beneficiado de una inmunidad procesal penal *ratione materiae* en los planos nacional e internacional, lo que pone de manifiesto claramente que, lejos de estar limitada a los funcionarios de alto rango, la inmunidad se aplica a toda persona que actúe en nombre del Estado. En otras palabras, y habida cuenta de la exigencia de un ataque generalizado o sistemático establecida en la definición de los crímenes de lesa humanidad, reconocer la inmunidad por tales crímenes también en los casos mencionados equivaldría a dejar apenas lugar, si es que se deja alguno, al ejercicio efectivo de la acción penal. Además, sería deseable, en un afán de complementariedad entre el proyecto de artículos y el Estatuto de Roma —el cual, por lo demás, no resuelve claramente la cuestión del alcance de las inmunidades de los funcionarios del Estado—, que la protección contra el enjuiciamiento reconocida por la Comisión no sea más amplia que la prevista en el Estatuto de Roma. Algunos elementos nuevos parecen incluso poner de manifiesto que los Estados quizás acojan bien una concepción de la inmunidad aún más estricta. En efecto, en su fallo de 2002, dictado en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, la Corte Internacional de Justicia, aun confirmando en este caso la inmunidad *ratione personae* del interesado, estimó que las inmunidades no tenían un carácter absoluto y que no siempre podían evitar que los autores de crímenes internacionales incurriesen en responsabilidad. Conviene, pues, que la Comisión limite el alcance de las inmunidades que reconozca, a fin de favorecer la persecución penal en el ámbito nacional. Ello permitiría, en virtud del principio de complementariedad, aligerar la tarea de la Corte Penal Internacional, que de esta manera podría concentrar sus esfuerzos en las personalidades de alto rango.

31. El orador se adhiere a la idea de velar por que las obligaciones que el proyecto de artículos impone a los Estados sean claras bajo cualquier punto de vista, en especial en lo que concierne a aspectos controvertidos como las inmunidades. Esta cuestión, que no se examina en el primer informe, debería figurar en el futuro programa de trabajo del Relator Especial, a fin de que la Comisión pueda adoptar una solución clara, aplicable tanto al tema que se examina como al de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Para concluir, el orador apoya que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción, que resolverá a la luz del debate y teniendo en cuenta las propuestas que se han formulado.

32. El Sr. KITTICHAISAREE da las gracias al Relator Especial por su primer informe, que demuestra un profundo conocimiento del tema e informa de manera harto interesante acerca de la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad en los últimos decenios. El orador comparte el punto de vista según el cual el proyecto que se examina busca completar los esfuerzos realizados en los planos nacional e internacional para colmar el vacío jurídico que permite a los autores de crímenes de lesa humanidad sustraerse a la acción de la justicia, debiendo ser su objetivo facilitar la cooperación internacional con vistas a juzgar o extraditar a los autores. Como se ha dicho anteriormente, el proyecto debe dar cabida a la jurisdicción universal, que es indispensable en materia de sanción de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, ese concepto —al igual que el de jurisdicción cuasi universal, que se basa en los tratados— no se menciona ni en el párrafo 5 ni en el párrafo 13 del primer informe. Sería conveniente que con respecto a esas cuestiones la Comisión se inspirase en los párrafos 17 a 20 de su informe final sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)[109]. Además, es una lástima que el proyecto de artículo 1, a pesar de que en su título se mencionen la «[p]revención y [la] sanción de los crímenes de lesa humanidad», no trate realmente de la obligación de castigar. Por último, la obligación de prevenir enunciada en el párrafo 84 del primer informe no está, en lo que a ella respecta, debidamente fundamentada, y su fuerza jurídica, tal como se desprende de los análisis realizados en los párrafos 99, 101 y 116, parece insuficiente.

[108] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673.

[109] Ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 105 y 106.

33. El Relator Especial ha optado acertadamente por fundar la definición de los crímenes de lesa humanidad, propuesta a la Comisión como punto de partida de sus comentarios, en la definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma. En efecto, ese instrumento, aunque no codifique de manera absolutamente fiel el derecho de los crímenes de lesa humanidad, puede considerarse como una expresión que hace fe de las concepciones jurídicas de un gran número de Estados, como declaró el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el fallo dictado en la causa *Furundzijia*. Además, el Relator Especial ha recordado con razón que ciertos Estados subrayaron en la Sexta Comisión que los trabajos sobre el tema deberían evitar todo conflicto con los instrumentos jurídicos existentes.

34. A propósito de la definición de los crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 6 *c* del Estatuto del Tribunal de Núremberg[110], conviene puntualizar —cosa que no hace el Relator Especial en su primer informe— que el Estatuto del Tribunal fue enmendado por el Protocolo de Berlín de 6 de octubre de 1945 de manera que la exigencia de un vínculo entre los actos a que se refiere esta disposición y un crimen contra la paz o un crimen de guerra se aplica a todo su texto. Esta modificación correspondía a una elección de la «justicia de los vencedores» en virtud de la cual solo los nazis acusados de crímenes contra la paz y/o crímenes de guerra podían ser enjuiciados por crímenes de lesa humanidad. Así pues, hay que leer el párrafo 34 del primer informe sobre los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[111] a la luz de esta circunstancia. De una manera más general, hubiera sido de desear que el Relator Especial subrayase el particular contexto en que tuvo lugar la adopción de las diferentes definiciones de los crímenes de lesa humanidad que figuran en los estatutos respectivos de los órganos jurisdiccionales penales internacionales. Así, en lo que respecta al Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio)[112], la exigencia de que los actos en cuestión deberían haber sido cometidos «contra una población civil», que originalmente figuraba en ella, fue suprimida a fin de poder juzgar a japoneses acusados de matar masivamente a militares extranjeros durante una guerra ilegal librada por el Japón. Lo mismo ocurre con el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia[113], que exige que los actos de que se trata hayan sido cometidos «durante un conflicto armado, interno o internacional», lo que se justifica por las circunstancias del conflicto en la ex-Yugoslavia. A este respecto, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aclaró en el fallo dictado en la causa *Tadić* que esta condición era un elemento constitutivo de la competencia *ratione materiae* del Tribunal y no el elemento subjetivo del crimen. La exigencia del motivo discriminatorio que aparece en la definición de los crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda[114] corresponde asimismo al contexto particular de la crisis ruandesa, a saber, el enfrentamiento entre dos grupos étnicos. El motivo discriminatorio de los actos a que se refiere no aparece en ninguna otra parte, salvo vinculado al concepto de persecución en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para el Procesamiento de los Crímenes Cometidos en el Período de la Kampuchea Democrática. Una vez más se trata de enjuiciar a los autores de actos cometidos por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Pero el proyecto de artículos sobre el tema examinado, por lo que a él toca, se refiere a todos los tipos de crímenes de lesa humanidad, perpetrados en cualquier contexto, siempre y cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Ninguna otra exigencia, de las que figuran en otros instrumentos internacionales y que esté relacionada con el contexto particular de las diligencias penales previstas por esos instrumentos pero no requeridas por el derecho internacional consuetudinario, cabe en el proyecto de artículos.

35. En lo que concierne al párrafo 39 del primer informe, el Relator Especial, tras mencionar que la Corte Internacional de Justicia ha señalado en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* que la prohibición de ciertos actos, tales como la tortura patrocinada por el Estado, tiene carácter de *ius cogens*, deduce *a fortiori* que la prohibición de cometer ese acto de forma generalizada o sistemática también tendría carácter de *ius cogens*. Ahora bien, el orador recuerda que en el párrafo 46 de su informe final sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), la Comisión señaló que la Corte había considerado a este respecto que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes daba lugar a «obligaciones *erga omnes partes*», pero que no enunciaba normas de *ius cogens*. Por consiguiente, si el objetivo del proyecto de artículos es poner fin a la impunidad de los autores de actos de tortura u otros crímenes de lesa humanidad, la Comisión debe centrar sus trabajos en las obligaciones de tipificar, juzgar o extraditar y no en el eventual carácter de *ius cogens* de la prohibición de tales crímenes. Cabe recordar asimismo que, con ocasión del examen del tema sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), la mayoría de los miembros de la Comisión, así como algunos Estados en la Sexta Comisión, rechazaron la idea de que el carácter consuetudinario de la obligación de extraditar o juzgar pudiera inferirse de la existencia de normas consuetudinarias que prohíben ciertos crímenes internacionales.

[110] Por lo que respecta al Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Estatuto del Tribunal de Núremberg), véase el Acuerdo de Londres concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo, de 1945, anexo.

[111] *Yearbook of the International Law Commission 1950,* vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

[112] Véase C. I. Bevans (ed.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, Washington D.C., Departamento de Estado, 1968, págs. 20 y ss.

[113] Aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y contenido en el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad (S/25704 y Corr.1 [y Add.1]), anexo.

[114] Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo.

36. En el párrafo 141 de su primer informe, el Relator Especial funda el análisis con el que pretende justificar la introducción de un elemento que remite a la «política de un Estado» en la definición de un «ataque contra una población civil» sobre el artículo 7 del Estatuto de Roma y los *Elementos de los Crímenes* de la Corte Penal Internacional[115]. Sin embargo, hay que tener presente que el pasaje de los *Elementos de los Crímenes* a que se hace referencia y la nota que lo acompaña son el fruto de una transacción. Esa nota, en efecto, somete la toma en consideración de la omisión como política que tiene por objeto un ataque contra la población civil a ciertas condiciones restrictivas, a fin de atender a las preocupaciones de los Estados que temían que sus agentes fueran perseguidos penalmente, en violación del principio de legalidad, por no haber puesto término a prácticas consuetudinarias existentes de larga data, pero que actualmente pueden ser perseguidas en virtud del Estatuto de Roma, como, por ejemplo, la esclavitud sexual o la servidumbre, y verse así imponer unas normas relativas a los derechos humanos ajenas a su cultura o su religión.

37. Finalmente, en vista de la importancia del tema examinado y la gravedad de los crímenes que se cometen en el mundo, la fecha de 2020, propuesta por el Relator Especial para la terminación de los trabajos, parece demasiado lejana. Sería deseable que la comunidad internacional pudiera disponer lo antes posible de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. Para concluir, el orador se declara partidario de que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción, sin perjuicio de las observaciones que han formulado los miembros de la Comisión.

38. El Sr. TLADI felicita al Relator Especial por la calidad de su primer informe y la riqueza de datos que contiene, que podrán servir a la Comisión de útil información al abordar ulteriormente el debate sobre el fondo. En general, está de acuerdo con el contenido de los dos proyectos de artículo y apoya que se remitan al Comité de Redacción, que introducirá, si procede, las modificaciones de redacción que sean necesarias. Así pues, por ahora se limitará a formular unas observaciones de carácter general.

39. Aunque sostiene enérgicamente el proyecto que ha iniciado la Comisión, el orador sigue desaprobando el planteamiento que consiste en tratar solamente uno de los tres crímenes principales del derecho internacional, lo que priva a la comunidad internacional de la posibilidad de aportar a ese derecho, así como a la lucha contra la impunidad, una contribución aún más importante. Le sorprende que algunos miembros pongan en duda la utilidad del proyecto en esta fase de su examen, cuando no lo habían hecho durante los debates del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo ni en el momento de la aprobación del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su período de sesiones anterior[116]. Solo el propio orador, por estimar que el alcance del proyecto era demasiado restringido, formuló entonces algunas reservas, que ciertos Estados también expresaron durante los debates en la Sexta Comisión. Teniendo esto en cuenta, hay motivos para que la Comisión se pregunte qué conviene esperar del proyecto de artículos. ¿Se limitará este a enunciar una obligación de tipificar y perseguir en el fuero penal? Si bien es cierto que ese elemento no sería inútil, no tendría sin embargo nada de innovador y, sobre todo, no estaría a la altura de las expectativas que el proyecto de artículos suscita en el gran público. Además, es probable que la mayoría de los Estados ya estén convencidos de que deben tipificar penalmente los crímenes de lesa humanidad y perseguir a sus autores, estén o no obligados a ello en virtud de una disposición jurídica. El establecimiento de mecanismos completos de cooperación entre Estados, incluida la obligación de juzgar o extraditar, presentaría en cambio un interés práctico real. Dicho de otro modo, se trataría, en palabras del Sr. Valencia-Ospina, de procurar que, gracias a esos mecanismos, los autores de crímenes internacionales no encuentren refugio en ningún lugar. Si tal es efectivamente el objetivo de los trabajos de la Comisión en lo concerniente a crímenes de lesa humanidad, es erróneo pretender que mecanismos similares, suficientemente sólidos, existen ya respecto de los demás crímenes principales del derecho internacional.

40. La lectura del capítulo I del primer informe confirma que el vacío jurídico que dificulta la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad también afecta a los demás crímenes principales del derecho internacional, aun cuando sean objeto de tratados universales. Ahora bien, el tema examinado encuentra su justificación principal en la existencia de lagunas, bien resulten de la falta de un régimen jurídico, o bien de la insuficiencia de los regímenes existentes. Es primordial, por lo tanto, poner remedio a esto dentro del respeto de los regímenes convencionales existentes y sin tratar de modificar los Convenios de Ginebra de 1949 o la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Sea como fuere, una convención internacional sobre los crímenes de lesa humanidad no podrá remediar, salvo parcialmente, las insuficiencias del sistema del derecho penal internacional, que son mucho mayores.

41. El Relator Especial afirma en los párrafos 3 y 13 de su primer informe que el hecho de tipificar íntegramente los crímenes de lesa humanidad como infracción penal en las legislaciones nacionales representa un aspecto esencial de los esfuerzos que hay que realizar con vistas a prevenir y castigar esos crímenes y el orador conviene en que la aprobación de nuevas leyes nacionales y la armonización de las leyes existentes en materia de crímenes internacionales deberían constituir una prioridad para la comunidad internacional.

42. Cierto es que, como subraya el Relator Especial, existen instrumentos universales sobre la prevención y la sanción de los crímenes de guerra y el genocidio, pero son cuando menos incompletos. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, por ejemplo, no enuncia la obligación de ejercer una jurisdicción universal, mientras que la jurisdicción universal prevista en los Convenios de Ginebra de 1949 solo se aplica a infracciones graves y únicamente en el marco de conflictos armados internacionales. Por consiguiente, los

[115] Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, La Haya, 2013. Puede consultarse en el sitio web de la Corte: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf.

[116] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte).

trabajos sobre el tema que se examina podrían dar lugar a un nuevo régimen convencional relativo a los crímenes de lesa humanidad y mejorar los regímenes convencionales existentes, todo en un mismo proyecto de artículos. Se trata por supuesto de una empresa más vasta que, por lo demás, el orador siempre creyó que había sido asignada al proyecto *aut dedere aut iudicare*.

43. Además, el orador señala que el estudio de Amnistía Internacional[117] citado en la primera nota del párrafo 57 del primer informe trata de la jurisdicción universal en sentido amplio y no solo de los crímenes de lesa humanidad. Una atenta lectura del mismo confirma que las lagunas de las legislaciones nacionales afectan de la misma manera a los tres crímenes principales del derecho internacional. En primer lugar, la diferencia entre el número de Estados que cuentan con leyes relativas a los crímenes de lesa humanidad y el número de los que cuentan con leyes sobre los demás crímenes graves no es tan grande como cabría imaginar, con mayor razón si se toma en consideración la duración de la existencia y el número de ratificaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En segundo lugar, el número de Estados cuyos órganos jurisdiccionales pueden ejercer la jurisdicción universal en materia de crímenes de lesa humanidad es mucho más elevado que el de los Estados que han establecido la misma jurisdicción con respecto a los crímenes de guerra y el crimen de genocidio. De dicho estudio se desprende asimismo que, en general, las definiciones de los principales crímenes del derecho internacional que se encuentran en las legislaciones nacionales presentan graves lagunas y distan de ser plenamente conformes a ese derecho. Así resulta que la situación de los tres crímenes principales del derecho internacional en materia de jurisdicción universal, que es uno de los aspectos esenciales del proyecto de la Comisión, es comparable.

44. Con referencia a la cooperación entre Estados, el orador hace observar que, como se ha dicho anteriormente, la principal contribución del proyecto de convención sería la de darle un marco jurídico. Tal es también el punto de vista del Relator Especial, en especial en los párrafos 22 y 64 del informe, cuando se refiere a la asistencia mutua judicial en materia de crímenes de lesa humanidad. Y se puede considerar que este concepto incluye la extradición y el principio *aut dedere aut iudicare* que, técnicamente, se distinguen de él. También en este caso, las estadísticas mencionadas por el Relator Especial muestran que, con respecto a los mecanismos de cooperación entre Estados, las diferencias entre los crímenes de guerra y el crimen de genocidio son igualmente importantes en lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad. Ni los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales ni la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establecen una obligación de cooperar exacta y completa. El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), por ejemplo, se limita a prever, en el artículo 88, que las partes se presten «la mayor asistencia posible», mientras que el orador está seguro de que la Comisión es más ambiciosa en esta esfera. De igual manera, enuncia sin más precisión una obligación de cooperar en materia de extradición, pero no una obligación de extraditar, y a este respecto también el proyecto de artículos sería útil. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio deja aún más que desear, ya que se limita a establecer que las partes se comprometen a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes, sin llegar más lejos ni siquiera enunciar una obligación general de cooperar en esta esfera.

45. Si el contenido de los proyectos de artículo es apropiado en general, quizás fuese útil aclarar, en el párrafo 3 del proyecto de artículo 1, que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. Esto puede parecer desdeñable en vista de la amplia aceptación de que gozan los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero tal vez permitiese evitar ambigüedades en cuanto a las circunstancias eximentes aplicables en lo que respecta a los crímenes más graves del derecho internacional.

46. El orador está de acuerdo con el empeño que pone el Relator Especial en evitar todo conflicto entre el proyecto de convención y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Parece posible evitar eventuales contradicciones con solo no alejarse del texto del Estatuto de Roma en las definiciones propuestas, a no ser en la medida necesaria para reflejar el contexto diferente en que se mueve el proyecto de artículos de la Comisión, y explicar que se aplica a las relaciones horizontales entre los Estados, mientras que el Estatuto de Roma se aplica a las relaciones verticales entre la Corte Penal Internacional y los Estados. Pero cabe preguntarse asimismo si no existe el riesgo de que el proyecto de artículos desvirtúe el objetivo de universalidad que persigue la Corte. El orador no lo cree posible y se adhiere a la opinión del Relator Especial, a juicio del cual la aprobación de una convención podría más bien tener como efecto reforzar el principio de complementariedad. No obstante, conviene tener presente esa crítica, ya que el trato diferenciado de los crímenes denominados «del Estatuto de Roma» contribuye sin duda a fomentar los temores que aquella manifiesta implícitamente.

47. Es de esperar que la Asamblea General, si decide someter el proyecto de convención a los Estados para su adopción, opte por un planteamiento más amplio y ambicioso que la Comisión y modifique el proyecto a fin de incluir los otros crímenes principales del derecho internacional. Sería conveniente, además, que el Relator Especial diga si los proyectos de artículo que ha propuesto, o tiene la intención de proponer, son la expresión del derecho internacional consuetudinario; en otras palabras, si, en relación con este tema, la labor de la Comisión corresponde a la esfera de la codificación o a la del desarrollo progresivo. Por último, en lo que concierne a si el título del proyecto debería modificarse y convertirse en «proyecto de convención», tal vez sea preferible conservar el título actual, conforme a la práctica de la Comisión, aunque nada se oponga probablemente a que esta decida emplear el término «convención».

[117] Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011).

48. El Sr. SABOIA hace observar que, al enunciar los objetivos de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad, el Relator Especial subraya que, a diferencia de los crímenes de guerra y de genocidio, esta categoría de crímenes internacionales es la única que no es objeto de «un tratado global que [exija] que los Estados prevengan y castiguen tales actos y cooperen entre sí a tal fin». Cabe pensar, al igual que el Sr. Tladi, que los tratados que sancionan los crímenes de guerra y de genocidio comportan, en cuanto a la cooperación entre los Estados y las obligaciones de estos, lagunas e insuficiencias a las que convendría poner remedio, pero la decisión a este respecto incumbe a la Asamblea General y no a la Comisión.

49. Como varios Estados lo hicieran en la Sexta Comisión en 2014, el Relator Especial subraya que el proyecto debería basarse en los tratados existentes y los instrumentos constitutivos de los órganos jurisdiccionales internacionales, en particular la Corte Penal Internacional, y no entrar en conflicto con esos textos. Por eso es por lo que la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el proyecto de artículo 2 reproduce el enunciado del artículo correspondiente del Estatuto de Roma. A este respecto, el orador dice haber tomado nota de las observaciones del Sr. Forteau y de otros miembros a favor de la inclusión de una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» que permitiría a las legislaciones nacionales evolucionar en el sentido de hacer extensivos los enjuiciamientos y sanciones a otros actos, y las aprueba.

50. El proyecto de artículo 1 enuncia la obligación que incumbe a los Estados partes de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad y de tomar medidas legislativas y de otra índole para impedir que se cometan en su territorio. A este respecto, el orador apoya la propuesta del Sr. Forteau de no limitar la competencia en esta materia al ámbito del territorio y estima, al igual que otros miembros, que sería preferible emplear la expresión «conflicto armado» en vez de «guerra». Aprueba los objetivos enunciados en el informe examinado y las propuestas que en él figuran, pero considera que, al encontrarse solo a los inicios de lo que se presenta como una empresa a largo plazo, la Comisión debe hacer muestras de prudencia y tener por lo menos una idea general de adónde quiere llegar. Los debates que han tenido lugar ya han puesto de manifiesto que, si bien había un amplio acuerdo en cuanto a los objetivos, existía divergencia de opiniones en cuanto a lo que debía figurar o no en el proyecto de artículos y a las expresiones empleadas. A este respecto, por ejemplo, el orador se suma a la observación que han hecho al menos dos miembros, uno de ellos la Sra. Escobar Hernández, a saber, que la mención que hace el Relator Especial en varios párrafos del informe a la «tortura patrocinada por el Estado» es inusual. En efecto, el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes menciona la participación, la omisión o la instigación de un funcionario público o de una persona que actúe en su nombre, pero es dudoso que ello sea equiparable a actos de tortura «patrocinados por el Estado». Por lo demás, esa expresión no se emplea en la continuación del informe ni en los textos propuestos y si debiera utilizarse en proyectos de artículo o sus comentarios sería necesario dar aclaraciones.

51. La futura convención debería comprender disposiciones relativas a la jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut iudicare*. Sin embargo, la Comisión debería evitar que se abra un debate teórico sobre esos conceptos y basarse a este respecto en las disposiciones que figuran en instrumentos que han obtenido un número elevado de ratificaciones, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Además, las personas acusadas de haber cometido crímenes de lesa humanidad no deberían poder invocar ningún tipo de inmunidad, como ha señalado el Sr. Valencia-Ospina. Las reservas también deberían estar prohibidas, ya que existe el riesgo de que afecten al objeto y el fin de la convención y pongan en peligro el equilibrio de las obligaciones de los Estados.

52. El Sr. Park ha señalado que es difícil armonizar la legislación nacional con las disposiciones de las convenciones internacionales debido a las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos. Cierta flexibilidad debería ser posible en otros aspectos, pero la coherencia es necesaria por lo que hace a los elementos principales, como la definición de los crímenes.

53. En cuanto a los trabajos futuros, el orador no alcanza a ver cuál pueda ser el interés de un procedimiento, sobre todo obligatorio, de solución de las controversias, que quizás obstaculice la ratificación de la futura convención. Por otra parte, como uno de los objetivos principales de esta es la promoción de la cooperación entre los Estados, en especial la cooperación judicial, convendría prever un mecanismo de vigilancia o un diálogo institucionalizado. La creación de un órgano de vigilancia permanente constituiría una solución demasiado lenta y demasiado onerosa, pero tal vez sea necesario prever la presentación de informes o un control a cargo de expertos. Una decisión sobre este punto sería prematura, pero quizás haya que empezar a reflexionar sobre ello.

54. Por último, el orador felicita al Relator Especial por la excelente labor realizada y aprueba que los dos proyectos de artículo sean remitidos al Comité de Redacción.

55. Sir Michael WOOD da las gracias al Relator Especial por su excelente primer informe y su presentación del mismo y opina que los crímenes de lesa humanidad constituyen un buen tema para la Comisión y que tendría que ser posible lograr resultados útiles en un plazo relativamente breve. Apoya a este respecto lo que ha dicho el Sr. Kittichaisaree. Las dudas expresadas en la Comisión y fuera de esta en cuanto a la necesidad de una convención sobre el tema o al alcance de un texto de esa índole son poco fundadas. El Sr. Tladi ha dicho que lamenta que la tarea se limite a los crímenes de lesa humanidad. La Comisión sin duda podría estudiar igualmente el genocidio y los crímenes de guerra y las lagunas existentes en los tratados que los sancionan, pero en tal caso correría el riesgo de que su esfuerzo condujera a un texto sumamente complejo; en cualquier caso, la decisión incumbirá a la Asamblea General. En la Sexta Comisión, algunos representantes adujeron que una convención no era necesaria y que más bien había que promover la adhesión universal al Estatuto de Roma. Sin embargo, la futura convención y el Estatuto no son mutuamente excluyentes y ambos son necesarios. Algunos miembros han manifestado el temor

de que surjan conflictos entre los dos tratados y divergencias de interpretación. Ahora bien, el Relator Especial es consciente de esos problemas y, como se desprende claramente de la lectura de su primer informe, se propone orientar los trabajos de manera que no afecten al Estatuto de Roma ni entren en conflicto con él. Además, la idea de que la elaboración de la futura convención podría invocarse como excusa para no adherirse al Estatuto no parece realista. Al igual que el Sr. Forteau, el orador conviene con el Relator Especial en que manifiestamente existen lagunas, sobre todo en lo que concierne a la cooperación entre los Estados y la obligación de extraditar o juzgar.

56. El Sr. Nolte ha preguntado qué pretende la Comisión. A este respecto, para que la aprobación de una convención goce del máximo apoyo, el proyecto de artículos debería centrarse en las principales disposiciones del derecho penal, como se hizo en muchas de las convenciones citadas por el Relator Especial. El Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970, parece constituir un buen modelo y se ha tomado efectivamente luego como modelo, por ejemplo por la propia Comisión cuando elaboró la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973. La elaboración de esta última pone de manifiesto que una tarea de esta índole corresponde indudablemente al ámbito del mandato de la Comisión; es verdad que había sido solicitada expresamente por la Asamblea General, pero en el caso que nos ocupa la Asamblea, en su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, había tomado nota de la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema de los crímenes de lesa humanidad sobre la base del plan de estudio que figura en el anexo II de su informe sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones[118]. Ahora bien, el párrafo 3 de dicho plan de estudio dice que el objetivo de la Comisión respecto de ese tema consistiría «en redactar un proyecto de artículos que se convertiría en una convención para la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad». Así pues, la Comisión no se excede en su mandato al elaborar un proyecto de convención.

57. La Comisión deberá examinar las cuestiones de la competencia y la extradición y, en primer lugar, incluir la obligación de extraditar o juzgar en su proyecto. La competencia debería apoyarse en el principio de la territorialidad y la personalidad activa y pasiva, y lo que es aún más importante, en la presencia del sospechoso en el territorio del Estado del foro. Los Estados partes deberían estar obligados a establecer por vía legislativa su competencia con respecto al autor del crimen cuando este se encuentre en su territorio y a convertir los crímenes de lesa humanidad en infracciones que dan lugar a extradición. Por lo que respecta a la competencia y el ámbito de aplicación, la futura convención tendrá más posibilidades de ser aceptada por los Estados y, por tanto, de ser ampliamente aplicable si, en vez de tratar en abstracto la cuestión de la jurisdicción universal, no se aparta de los caminos trillados. De la misma manera, si el alcance del texto se hace extensivo a cuestiones como las inmunidades o la prohibición de las amnistías se corre el riesgo de debilitar considerablemente el apoyo de los Estados.

58. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 1, el orador agradece al Relator Especial el profundo análisis que ha hecho de textos anteriores y de la abundante jurisprudencia que los interpreta. Dicho análisis es convincente, y el Relator Especial ha elegido para los tres párrafos que propone enunciados apropiados sin perjuicio de algunas de las modificaciones de forma propuestas por varios miembros. No obstante, el análisis realizado por el Sr. Forteau es igualmente convincente, y el orador no se opone a que, para simplificar, se suprima el párrafo 2 del artículo 1 propuesto por el Relator Especial.

59. Con respecto al proyecto de artículo 2, el orador, como la mayor parte de los demás miembros, está firmemente persuadido de que no hay que intentar modificar el enunciado del artículo 7 del Estatuto de Roma. Cada cual es libre, por supuesto, de proponer mejoras a ese texto, ya que el artículo 7 presenta las imperfecciones de un texto de transacción cuya negociación fue difícil. Por ejemplo, muchos miembros preferirían prescindir del párrafo 3, pero al parecer se incluyó para que el Estatuto de Roma fuera aceptable para ciertos gobiernos. Por el contrario, la propuesta del Sr. Forteau, apoyada por el Sr. Caflisch, de incluir en el proyecto de artículo 2 un párrafo calcado del artículo 10 del Estatuto de Roma o del artículo 1, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes merece ser adoptada.

60. Hay que felicitarse de que el Relator Especial explique al detalle en su primer informe tanto el contexto en el que fue elaborada la definición que figura en el Estatuto de Roma y los elementos que forman parte de esa definición como la jurisprudencia relativa a ella. Pero esto plantea dos cuestiones con respecto al comentario del proyecto de artículo 2. En primer lugar, parece que el Relator Especial considera que, si el artículo 2 de la nueva convención tiene el mismo enunciado que el artículo 7 del Estatuto de Roma, ambas disposiciones se interpretarán de la misma manera. De ser así, el orador está de acuerdo, pero se pregunta si se puede dar por sentado que quienes interpreten la nueva convención, por ejemplo los Estados, las autoridades encargadas de ejercitar las acciones penales o los tribunales, lo entenderán necesariamente de ese modo. En algunos casos, un mismo enunciado se ha interpretado en realidad de manera diferente en textos equiparables. En una opinión consultiva reciente, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar citó y aplicó la conclusión a que había llegado en la causa de la *Planta MOX*, es decir, que «la aplicación de las normas de derecho internacional en materia de interpretación de los tratados a disposiciones idénticas o similares de diferentes tratados puede no conducir a resultados idénticos, habida cuenta, entre otras cosas, de las diferencias entre sus contextos, objetos y fines respectivos, la práctica ulterior de las partes y los trabajos preparatorios» (párr. 51 de la providencia). Así, si la Comisión pretende dar a su proyecto de artículo 2 el sentido que tiene el artículo 7 del Estatuto de Roma, tal vez debería indicarlo expresamente en el comentario.

61. El orador comparte las preocupaciones manifestadas por el Sr. Nolte a este respecto pero no está seguro de aprobar la solución propuesta por este, o sea, aclarar que en la interpretación del proyecto de artículo 2 «habrá de tenerse en cuenta» la jurisprudencia de la Corte Penal

[118] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

Internacional. La expresión «tener en cuenta» puede que no sea muy prescriptiva, pero, tal como figura en la disposición de la Ley sobre los Derechos Humanos (*Human Rights Act*) del Reino Unido que establece que los tribunales del Reino Unido «deberán tener en cuenta» las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha llevado a esos tribunales a sentirse obligados a seguir las decisiones del Tribunal, lo que ha causado dificultades políticas considerables en el Reino Unido. La misma observación es válida para el proyecto de artículo 1 si este conserva su forma actual, puesto que también reproduce el enunciado de disposiciones de convenciones existentes.

62. La segunda cuestión concerniente al comentario del proyecto de artículo 2 es la de cuál debe ser el nivel de detalle. El orador manifiesta tener sentimientos encontrados a este respecto y desearía conocer cuál es el parecer del Relator Especial. Sería posible incluir en el comentario los detalles que figuran en el primer informe, lo cual sería muy instructivo para el lector de los proyectos de artículo. Pero esto también podría inducir a error, pues un comentario de esta índole presentaría una instantánea del estado de los elementos de los crímenes y la jurisprudencia en el momento de la aprobación del comentario. Por supuesto, tal es el caso de la mayoría de los comentarios que elabora la Comisión y, en particular, en la medida en que versan sobre la jurisprudencia, el paso del tiempo los hace progresivamente obsoletos. Pero esto es más importante quizás si se trata de un artículo relativo al derecho penal de fondo. Además, un comentario detallado del proyecto de artículo 2 podría diferenciar a este del artículo 7 del Estatuto de Roma, que no iba acompañado de un comentario oficial cuando fue aprobado. Quizás la Comisión deba encontrar un término medio y quizás se apliquen consideraciones diferentes a los comentarios en primera o segunda lectura.

63. El Relator Especial concluye su informe con un breve programa de trabajo. El orador aprueba ese programa, pero quisiera que el Relator Especial tomase en consideración la posibilidad de acortar los plazos previstos. Para terminar, el orador se inclina a favor de la remisión de los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

64. El Sr. TLADI pregunta a Sir Michael Wood si, con relación a la presencia del sospechoso en el territorio del Estado del foro como fundamento de competencia, estima que debe existir un vínculo entre el crimen y el territorio del Estado que ejercita su competencia.

65. Sir Michael WOOD contesta que se trata de una pregunta fácil y que la respuesta es «no».

66. El Sr. WISNUMURTI dice que una convención sobre los crímenes de lesa humanidad que complete el Estatuto de Roma es un elemento esencial de la lucha emprendida por la comunidad internacional contra la impunidad. En realidad, el Estatuto de Roma es uno de los principales logros de la comunidad internacional en esa lucha y ha demostrado su utilidad. Hay que reconocer, sin embargo, que encierra puntos débiles y que, como escribe el Relator Especial en el párrafo 12 de su informe, «en el marco actual del derecho internacional y, en particular, dentro del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, parece faltar la pieza fundamental de una convención global» sobre los crímenes de lesa humanidad. La nueva convención incitaría a los Estados a procurarse una normativa legal para prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad y promover la cooperación con ese fin. Dicha convención completaría el Estatuto de Roma al permitir, como se indica en el informe, alcanzar cuatro objetivos fundamentales que no prevé el Estatuto. Ahora bien, es imperativo que una convención de esa índole no afecte a este.

67. El debate que tuvo lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2014 puso de manifiesto que los Estados eran favorables en general al estudio del tema, pero que algunos preferían apelar a la prudencia, en particular para evitar cualquier conflicto con otros instrumentos existentes, sobre todo el Estatuto de Roma. Como se indica en los párrafos 22 a 25 del primer informe, el interés de una convención estriba en que llenará las lagunas de esos instrumentos. Lo que es más importante aún, regirá las relaciones entre los Estados en la lucha contra tales crímenes, insistiendo en su obligación de prevenirlos y promover la mejora de las capacidades nacionales a tal efecto y su obligación de ejercer su competencia cuando el autor de uno de esos crímenes, aunque no sea uno de sus nacionales, se halle en su territorio. No obstante, hay que velar por que la convención sea realista y aplicable y evitar desacuerdos como los que tiene que afrontar la Corte Penal Internacional.

68. Al igual que el Relator Especial, el orador opina que el estudio debería centrarse más en la obligación de prevención, que, como se explica en detalle en el párrafo 80 del primer informe, es doble. Además, esa obligación no admite ninguna excepción. Es indispensable, sin embargo, tomar en consideración todos sus aspectos. La realidad del mundo actual es compleja y surgen conflictos internos y regionales en distintas regiones del mundo en las que los gobiernos, casi siempre debilitados, no tienen todos los mismos recursos ni los mismos medios. No se puede contar con que todos los Estados tengan la misma capacidad de detectar el riesgo de que se cometan crímenes de lesa humanidad y prevenir que efectivamente se cometan. Es importante a este respecto tener presente lo que dijo la Corte Internacional de Justicia en el fallo dictado 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)*, citado en los párrafos 95 y 97 del informe examinado. Por otra parte, conviene señalar asimismo que en la sentencia que dictó en el asunto *Mahmut Kaya c. Turquía*, citada en el párrafo 103 del informe, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló, en especial, que «la obligación positiva [debía] interpretarse de manera que no [impusiera] una carga imposible o desproporcionada a las autoridades» (párr. 86 de la sentencia). Es importante tener presente esta jurisprudencia para que el texto del proyecto de artículo sobre la obligación general de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad que el Relator Especial propone en el párrafo 120 de su primer informe, o al menos el comentario de ese proyecto de artículo, dé cuenta y razón de la esencia de esta obligación de prevención.

69. En el párrafo 81 de su primer informe, el Relator Especial alude a la responsabilidad del Estado y señala, invocando el fallo antes mencionado de la Corte Internacional de Justicia, que la violación de la obligación de prevención no es una infracción penal sino una violación del derecho internacional que genera la responsabilidad del Estado. Es importante que la futura convención incluya disposiciones que indiquen los criterios que han de aplicarse para determinar en qué medida un incumplimiento de la obligación de prevenir crímenes de lesa humanidad daría lugar a la responsabilidad del Estado. A este respecto, la observación de la Corte según la cual «basta [que el Estado] haya tenido conocimiento, o debiera normalmente haber tenido conocimiento, de la existencia de un riesgo grave de comisión de actos de genocidio», mencionada en el párrafo 99 del informe, contribuye a esclarecer la cuestión de la responsabilidad del Estado en relación con la obligación de prevención, que con todo debería ser desarrollada por el Relator Especial y examinada más a fondo por la Comisión.

70. Otro aspecto importante de la prevención que hay que considerar en la futura convención es el de la obligación de los Estados partes de tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los crímenes de lesa humanidad en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. Tales medidas son esenciales para reforzar las capacidades de los Estados partes para que puedan prevenir más eficazmente la comisión de esos crímenes.

71. Por lo que respecta a los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial, sería preferible, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, sustituir el término «guerra» por la expresión «conflicto armado», que es la que emplea la Comisión en sus artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[119]. En lo concerniente al párrafo 2 de ese mismo proyecto de artículo, la competencia de los Estados partes en materia de prevención debería ser geográficamente más amplia y no circunscribirse a los territorios bajo su jurisdicción. En el párrafo 3, el término «guerra» debería reemplazarse, como en el párrafo 1, por «conflicto armado». En cuanto al proyecto de artículo 2, no plantea ningún problema, puesto que reproduce la definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma con algunas modificaciones de forma. Es necesario a este respecto que la futura convención siga teniendo carácter complementario en relación con el Estatuto de Roma y conviene evitar cualquier confusión jurídica que pueda provocar una fragmentación del derecho internacional. Los principales elementos del artículo 7 del Estatuto de Roma, que se analizan en el capítulo V del informe objeto de examen, deberían tenerse en cuenta cuando se elabore el comentario de la definición.

72. En conclusión, el orador se declara a favor de que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

---

[119] Resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101.

3257ª SESIÓN

Miércoles 27 de mayo de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (A/CN.4/678, cap. II, secc. I[120], A/CN.4/L.868[121])

[Tema 11 del programa]

1. El PRESIDENTE dice que, tras la celebración de consultas, se ha llegado a un consenso sobre la inclusión de un nuevo tema, «*Ius cogens*», en el programa de trabajo actual de la Comisión y el nombramiento del Sr. Tladi como Relator Especial de ese tema.

*La Comisión decide incluir el tema «*Ius cogens*» en su programa de trabajo actual y nombrar Relator Especial al Sr. Tladi.*

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/680, A/CN.4/L.853)

[Tema 10 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

2. El Sr. McRAE felicita al Relator Especial por su primer informe (A/CN.4/680), completo y bien documentado. Evidentemente, se trata de una mera introducción al tema, y aún hay muchas cuestiones fundamentales que deben examinarse. En primer lugar, al mencionar en el informe los «regímenes convencionales», ¿pretendía el Relator Especial referirse a algo más amplio que los términos concretos del tratado? En segundo lugar, convendría aclarar la observación hecha en el párrafo 15 de que, en última instancia, corresponderá a los Estados decidir si el alcance de la labor de la Comisión es el óptimo. En general, los Estados no pueden vetar el alcance de un tema. ¿Se refiere quizás el Relator Especial al resultado final de la labor de la Comisión, que podría, naturalmente, ser aceptado o rechazado por los Estados? El orador recuerda que los objetivos del proyecto son mejorar la legislación nacional, fomentar la cooperación interestatal y promover la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad, y dice que el Relator Especial debería proporcionar más información sobre el proyecto de artículos que propondrá para alcanzar esos objetivos. No

---

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

[121] Ídem.

está claro si el proyecto puede ser un ejercicio de recopilación de fragmentos de tratados existentes, como parece dar a entender en ocasiones.

3. Coincide con el Sr. Park y otros miembros en que el proyecto de artículo 1 aborda tres cuestiones diferentes, que tal vez no deban englobarse en un único artículo. El párrafo 2 no está equilibrado, pues enuncia una obligación concreta de prevenir sin la correspondiente obligación de sancionar. Quizás el Relator Especial debería convertir cada uno de los párrafos del proyecto de artículo 1 en artículos independientes sobre la prevención y sanción. Cabe cuestionar que la redacción del párrafo 1 siga siendo apropiada, pues está inspirada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada en 1948. Parece darse a entender que hay dudas acerca de si los crímenes de lesa humanidad son contrarios al derecho internacional. Por tanto, tal vez sería mejor establecer, simplemente, que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad. La utilización de la expresión «Estado parte» parece prejuzgar la cuestión de si el resultado de la labor de la Comisión será una convención, aunque se trata de una decisión que debe tomar la Asamblea General.

4. La referencia al territorio que figura en el párrafo 2 es demasiado restrictiva. No es apropiado indicar que el territorio incluye los buques y aeronaves, ya que el principio de la «isla flotante» se abandonó hace mucho tiempo. El orador está de acuerdo con el Sr. Forteau en que ese párrafo debería suprimirse e incorporarse, redactado de manera diferente, en una sección relativa a la prevención.

5. También habría que revisar la formulación del párrafo 3. Esa disposición, que consiste en una cláusula de no derogación («En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales»), parece aplicarse, en principio, a personas acusadas de crímenes de lesa humanidad. No obstante, al formar parte de un proyecto de artículo referente a las obligaciones de los Estados, cabría interpretar que se aplica también a los Estados, lo que significa que la obligación de los Estados de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad está sujeta a una cláusula de no derogación. Esa podría ser otra razón para separar el párrafo 3 del proyecto de artículo 1.

6. Es difícil oponerse a un texto como el proyecto de artículo 2, en el que se definen los crímenes de lesa humanidad en términos extraídos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A pesar de las inquietudes planteadas en la Sexta Comisión sobre el alejamiento de la definición establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma, la Comisión no debería dejar de considerar si puede perfeccionar, y no socavar, esa definición: por ejemplo, podría considerar la posibilidad de mejorar la referencia al género, un tanto anticuada y confusa, del párrafo 3. El orador se hace eco de las sugerencias formuladas por el Sr. Forteau y Sir Michael Wood de establecer una cláusula, como la del artículo 10 del Estatuto de Roma, que permita que las definiciones puedan aplicarse a futuros desarrollos.

7. Habida cuenta de que las definiciones establecidas en el proyecto de artículo 2 están concebidas para ser utilizadas en la legislación nacional e interpretadas por los tribunales nacionales, se necesitaría alguna orientación en los comentarios acerca de si la interpretación de las definiciones hecha por los tribunales internacionales debe considerarse autorizada.

8. En términos más generales, el orador dice que, dado que el Relator Especial propone reconocer la competencia de los Estados para sancionar a los autores de crímenes de lesa humanidad cometidos por no nacionales presentes en su territorio, se debería abordar la jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut iudicare*. Además, como ha señalado el Sr. Valencia-Ospina, también se plantea la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Esa inmunidad no puede aducirse como defensa ante la Corte Penal Internacional, pero ¿podría hacerse valer para evitar la aplicación de una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad? Ello sería contrario a los objetivos del proyecto, que consisten en reforzar la labor de la Corte, asegurando que los autores de crímenes de lesa humanidad rindan cuentas.

9. Por último, el orador recomienda que ambos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

10. El Sr. ŠTURMA felicita al Relator Especial por su excelente primer informe. Comparte la opinión de otros oradores de que el principal valor añadido de una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad radicaría en el fomento de la cooperación interestatal en relación con esos crímenes.

11. Con respecto al proyecto de artículo 1, el orador dice que en el párrafo 1 se refleja adecuadamente la situación actual del derecho internacional en relación con la prohibición de los crímenes de lesa humanidad. A su entender, la expresión «crímenes contemplados en el derecho internacional» se refiere al derecho internacional general, una interpretación respaldada por los estatutos y la práctica de los tribunales penales internacionales. Cualquier futura convención codificadora sobre los crímenes de lesa humanidad se diferenciaría de otros instrumentos de derecho penal internacional que solo prevean la armonización de la legislación nacional con miras a establecer un nuevo crimen o delito. Al igual que la Sra. Escobar Hernández y el Sr. Gómez Robledo, el orador cree que los crímenes de lesa humanidad son sancionables en el plano internacional y no solo a nivel nacional.

12. Aunque la condición jurídica de los crímenes de lesa humanidad como crímenes fundamentales según el derecho internacional puede deducirse de una lectura detenida del primer informe, esa caracterización no se transmite con suficiente claridad en el proyecto de artículo 1. El motivo de ello tal vez resida en el hecho de que ese proyecto de artículo pretende abarcar tres elementos que difieren en objeto y fin; aunque esos elementos son aceptables cuando se examinan por separado, pueden provocar confusión cuando se estudian en conjunto. Por lo tanto, el orador se suma al Sr. Park y el Sr. McRae para recomendar que el texto actual del proyecto de artículo 1 se divida en tres artículos separados. El párrafo 1 del proyecto de artículo es una declaración fundamental de la condición jurídica de los crímenes de lesa humanidad como crímenes según el derecho internacional y prevé

una obligación general de prevenir y sancionar esos crímenes. El orador apoya el texto actual.

13. En cuanto al párrafo 2, el orador expresa su apoyo a la formulación de la obligación de impedir los crímenes de lesa humanidad, que se basa en el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. No obstante, si bien la expresión «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción» refleja correctamente el restringido ámbito de aplicación *ratione loci* de la obligación de prevenir esos delitos, está de acuerdo con otros oradores en que la obligación de los Estados de emplear todos los medios razonablemente a su disposición no debería estar sujeta a una limitación territorial.

14. El párrafo 3 parece tener un doble propósito: en primer lugar, resaltar el carácter no derogable de las disposiciones de cualquier futura convención sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad, y, en segundo lugar, referirse a la imposibilidad de invocar circunstancias excepcionales como justificación de esos crímenes en los procedimientos penales. En caso de que la intención del Relator Especial sea, en efecto, satisfacer ambos propósitos, lo mejor sería situar esa disposición al principio del proyecto de artículos. Se debería incluir una disposición de derecho puramente penal más adelante, quizás en relación con la imposibilidad de invocar una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública.

15. El orador acoge con beneplácito el proyecto de artículo 2, en el que se reproduce, *mutatis mutandis*, el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma. No obstante, a fin de evitar posibles conflictos con ese instrumento, sugiere la introducción de una cláusula «sin perjuicio» al comienzo o al final del proyecto de artículos.

16. En cuanto al futuro programa de trabajo, el Relator Especial podría considerar la posibilidad de incorporar una disposición relativa a la protección de las víctimas y su derecho a una reparación, incluidas medidas de indemnización, rehabilitación y satisfacción.

17. Por último, el orador recomienda que ambos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

18. El Sr. NIEHAUS manifiesta su reconocimiento al Relator Especial por su primer informe, que constituye una excelente base de trabajo para la Comisión sobre una materia de vital importancia.

19. En relación con la relevancia del tema, el orador dice que resulta difícil entender que se carezca, hasta la fecha, de una convención dedicada, en todos sus aspectos, a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad. Los terribles hechos que viviera la humanidad en el pasado siglo XX motivaron a la comunidad internacional a tomar medidas para prevenir y castigar los crímenes de guerra y el genocidio; no es así el caso en materia de crímenes de lesa humanidad, no obstante su constante presencia, que, en el transcurso de la historia, ha acompañado la conducta del hombre. En el siglo XIX y a principios del siglo XX, la comunidad internacional, por desconocimiento o desinterés, consintió la actuación de las Potencias coloniales, que condujo a la comisión de atrocidades inimaginables. Las atrocidades cometidas en el Congo belga, por ejemplo, fueron encubiertas tanto por los autores de los crímenes como por otros gobiernos amigos. Por ello, el encubrimiento de los crímenes de lesa humanidad, tanto por los Estados entre sí como por un Estado en relación con los autores de esos crímenes, debe ser incluido con prioridad en el tratamiento de esta materia.

20. Muchos oradores se han referido al hecho de que la mayoría de los Estados carecen de legislación sobre los crímenes de lesa humanidad. No obstante, en Costa Rica, la legislación de aplicación del Estatuto de Roma trajo como consecuencia la incorporación en el Código Penal de aspectos referentes a los crímenes de lesa humanidad.

21. En relación con el proyecto de artículos, el orador hace suyas las observaciones formuladas por varios miembros de la Comisión en el sentido de que los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 1 se superponen considerablemente. Resultaría más conveniente reunir ambos párrafos en uno solo, donde, con claridad, se expresara la idea unitaria de que los crímenes de lesa humanidad, independientemente de cuándo sean cometidos, son crímenes según el derecho internacional y deben ser prevenidos y sancionados por los Estados. Coincide con quienes han sugerido sustituir, en el párrafo 1, el término «guerra» por la expresión «conflicto armado». En cuanto al párrafo 3, el orador considera sumamente importante el señalamiento de la imposibilidad de recurrir a la existencia de circunstancias excepcionales para tratar de justificar la comisión de cualquier crimen de lesa humanidad.

22. Con respecto al proyecto de artículo 2, el orador coincide con otros oradores en la conveniencia de utilizar literalmente, con pequeños cambios, la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma, en razón de constituir una definición ampliamente aceptada por el derecho internacional. Además, aunque esa definición no es en forma alguna exhaustiva, su adopción literal en el presente proyecto de artículos evitaría el perjuicio que podría ocasionar a la Corte Penal Internacional la inclusión de una contradicción al respecto.

23. Para terminar, el orador manifiesta su acuerdo en que ambos proyectos de artículo sean enviados al Comité de Redacción.

24. El Sr. KOLODKIN da las gracias al Relator Especial por su primer informe sobre cuestiones de fondo, que delimita correctamente el alcance del tema. Es partidario de que los dos proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

25. Una convención sobre los crímenes de lesa humanidad sería un medio apropiado para consolidar la tipificación como delito de esos crímenes en el plano nacional y ampliar la cooperación interestatal para prevenirlos y sancionarlos. Los Estados tienen formas diferentes de resolver las cuestiones derivadas de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, y de aplicar el derecho interno sobre la base del derecho internacional. En muchos Estados, la cooperación en las investigaciones o con miras a la extradición solo es posible si existe

un tratado internacional a tal fin: las normas de derecho internacional consuetudinario son insuficientes a esos efectos. El Estatuto de Roma no es la panacea, porque no todos los Estados son parte en él y, sobre todo, porque trata de aplicar la jurisdicción internacional y no la nacional. Por consiguiente, hay margen para la reglamentación internacional sobre las relaciones interestatales en materia de crímenes de lesa humanidad.

26. El orador no considera que una futura convención vaya a servir para reforzar el Estatuto de Roma, sino para complementarlo, ya que abarcaría diversos aspectos. No obstante, tendría un valor propio, ya que, como codificación de normas consuetudinarias, podría articular su contenido y promover cierto desarrollo progresivo del derecho internacional en esa esfera. A tal fin, el proyecto de artículos tendría que ser realista y tener en cuenta que el ámbito de aplicación de una convención es un tema delicado desde el punto de vista político. La Comisión debería tratar de elaborar un proyecto de artículos que reciba un amplio apoyo de los Estados.

27. El proyecto de artículos debería establecer expresamente la obligación de los Estados partes de no cometer actos tipificados como crímenes de lesa humanidad, de modo que no sea necesario deducir ese deber de la obligación de prevenir. Ello crearía una base de derecho para hacer valer la responsabilidad del Estado en caso de que se cometan esos crímenes. Se trataría de una obligación de resultado, mientras que la obligación de prevenir esos crímenes seguiría consistiendo en una obligación de conducta. La obligación de impedir esos crímenes, que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1, debería detallarse más. No obstante, la cuestión es en qué medida. El proyecto de artículo 1, párrafo 2, parece abarcar, no solo la prevención inmediata de los crímenes de lesa humanidad, sino también la adopción de medidas a más largo plazo a tal fin. La disposición también debería establecer que las medidas de prevención tienen que ser conformes con el derecho internacional o estar permitidas por él. Esa formulación concreta no resultaría superflua, habida cuenta de los debates en curso sobre el uso de la fuerza, la intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger. El derecho internacional no solo limita la carga de las obligaciones de prevención, como señala el Relator Especial en el párrafo 80 de su primer informe, sino que también restringe el derecho a adoptar medidas de prevención. Como se indica en la última nota a pie de página del párrafo 80 del informe, el deber de prevenir no crea nuevos derechos de intervención. La Corte Internacional de Justicia así lo determinó en 2007 en relación con el genocidio 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)*.

28. La necesidad de ahondar en las medidas preventivas en el proyecto de artículos no está clara.

29. El orador apoya el proyecto de artículo 1, párrafo 3, aunque, en relación con el título de la sección correspondiente del informe (Disposición que excluye excepciones), se pregunta si la exclusión de excepciones y la no justificación son lo mismo. En su forma actual, cabe interpretar el párrafo 3 en el sentido de que, si bien los crímenes de lesa humanidad no pueden justificarse por ningún motivo, lo único no derogable es la obligación de no cometer esos delitos. En ese caso, sería aún más adecuado formularlo como una obligación del Estado. No obstante, tal vez sea necesario aclarar en qué medida se podría prever una excepción respecto de las obligaciones de prevenir y sancionar o de cooperar en temas jurídicos. Esa cuestión está vinculada a la de la validez de las reservas a la convención: habida cuenta de que no todas las disposiciones del proyecto de artículo 1 son inderogables, no se puede excluir la formulación de reservas a algunas de ellas.

30. Quizás sea mejor establecer que los crímenes de lesa humanidad son crímenes según el derecho internacional en el preámbulo, en lugar de hacerlo en la parte dispositiva de la convención.

31. Si bien las obligaciones de cooperar en lo que respecta a las investigaciones, las sanciones y la extradición son importantes, deben formularse de modo que no afecten negativamente a los regímenes jurídicos ni a los derechos de los Estados establecidos en el marco de otros acuerdos internacionales. Aunque la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa y los Estados deben cooperar si se infringe, esa cooperación debe ajustarse al derecho internacional y a otras normas imperativas. La prohibición de los crímenes de lesa humanidad no priva a los Estados de los derechos que les asisten en virtud de otras normas de derecho internacional que no entran en conflicto con la prohibición.

32. La definición de crímenes de lesa humanidad del proyecto de artículos debe reproducir fielmente las disposiciones del artículo 7 del Estatuto de Roma, con algunas correcciones de menor importancia. No es necesario modificarlas en consonancia con las decisiones judiciales dictadas con posterioridad a la aprobación del Estatuto de Roma. Los Estados y los expertos discrepan en cuanto a la medida en que esas decisiones se ajustan a la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 7. La práctica de los tribunales penales internacionales en ese contexto no siempre ha sido uniforme, y no se debe conceder más importancia a su papel en la configuración del derecho internacional consuetudinario que a la función desempeñada por los Estados.

33. Es preciso obrar con cautela al considerar la posibilidad de incluir en el proyecto de artículos disposiciones que puedan alentar a los Estados a ampliar la definición de crímenes de lesa humanidad en el derecho interno. Ello podría dar lugar a situaciones en que determinados actos cometidos en el pasado que no constituían crímenes de lesa humanidad según el derecho internacional queden englobados en el ámbito de una definición nacional de esos delitos de reciente adopción. Si los Estados adoptasen definiciones de los crímenes de lesa humanidad incompatibles con la definición contenida en la convención, ello también obstaculizaría la cooperación jurídica entre ellos.

34. Cuando la Comisión examine la cuestión de la jurisdicción relativa a los crímenes de lesa humanidad y las medidas para dar efecto a esa jurisdicción, debería tener en cuenta los debates mantenidos en la Sexta Comisión

en relación con la jurisdicción universal. Esos debates reflejan las posiciones, la práctica y la *opinio iuris* de los Estados con respecto al ejercicio de la jurisdicción nacional en relación con los crímenes internacionales más atroces. La Comisión debería centrarse en la elaboración de disposiciones específicas sobre jurisdicción a los efectos del proyecto de artículos y no enzarzarse en debates acerca de si esa jurisdicción debería ser o no universal.

35. Tal vez no sea necesario abordar la cuestión de la inmunidad en el proyecto de artículos, pues la Comisión ya está examinando el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en un contexto más amplio, en el marco del derecho internacional consuetudinario general. Si se tomara la decisión de incluir disposiciones sustantivas relativas a la inmunidad en el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, tendrían que considerarse *lex specialis*. En su opinión, aunque la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es de derecho imperativo, ello no invalida la inmunidad.

36. El Sr. HMOUD dice que se ha mencionado la introducción en el proyecto de artículos de la obligación de los Estados de no cometer crímenes de lesa humanidad. No obstante, hay que tener presente que la convención propuesta versa sobre la responsabilidad penal individual, no sobre la responsabilidad de los Estados. Por consiguiente, la cuestión de la responsabilidad del Estado debería mantenerse al margen del presente proyecto de artículos.

37. El Sr. KOLODKIN considera que sería útil recibir algunas orientaciones y aclaraciones del Relator Especial a ese respecto. En su opinión, el objetivo de una futura convención sería, entre otras cosas, establecer la obligación de los Estados de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad; por consiguiente, cabría apelar a la responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento de tales obligaciones. En vista de la tendencia actual a concluir que los Estados están obligados, en virtud del derecho internacional consuetudinario, a no cometer actos tipificados como crímenes de lesa humanidad, sería preferible establecer un tratado claramente articulado como base de esa obligación de derecho consuetudinario.

38. El Sr. CANDIOTI dice que la determinación de si el alcance del tema abarca los hechos ilícitos cometidos por los Estados o se limita a los cometidos por individuos es importante y debería aclararse antes de que la Comisión prosiga su labor.

39. El Sr. MURPHY (Relator Especial) señala que entendió que existía consenso entre los miembros de la Comisión en que el proyecto no debía ocuparse de los delitos cometidos por los Estados. Así pues, cualquier reformulación del proyecto de artículo 1 debería tener en cuenta ese consenso. Dicho esto, recuerda que el proyecto de artículo 1 actualmente propuesto está inspirado en el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que impone a los Estados la obligación de prevenir el genocidio. Esa obligación se entiende, y ha sido interpretada por la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que los propios Estados no deben participar en conductas que constituyan genocidio. De forma análoga —y en cierto modo es útil hacer una analogía entre ambos regímenes—, el proyecto de artículo 1 del proyecto actual impone a los Estados la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, esa obligación establece de manera implícita, por analogía con el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que los Estados no deben participar en conductas que, de ser perpetradas por un individuo, se considerarían un crimen de lesa humanidad. Varios miembros se han mostrado a favor de reformular el proyecto de artículo 1 para hacerlo más explícito en ese sentido. Por consiguiente, la Comisión tiene que decidir si desea modificar la forma en que está redactado el proyecto de artículo 1 y en qué medida desea hacerlo.

40. El Sr. SABOIA dice que está de acuerdo en que, en el contexto de la labor sobre el tema actual, no se debería entablar un debate sobre la comisión de infracciones penales por los Estados. No obstante, el proyecto de artículos debería abordar la cuestión de la participación de los Estados en la comisión de hechos o conductas ilícitos que puedan considerarse crímenes de lesa humanidad. Esa cuestión podría tratarse tanto en el texto del proyecto de artículos como en un comentario detallado que incorpore las observaciones del Sr. Murphy y el Sr. Kolodkin, y describa la medida en que la comisión de esos hechos por los Estados implica el incumplimiento de la obligación de prevenir, incurriendo así en responsabilidad.

41. El Sr. CANDIOTI señala que la Comisión ha debatido durante muchos años el tema de los hechos ilícitos de los Estados que afectan al conjunto de la comunidad internacional. Incluyó disposiciones sobre esos hechos y sus consecuencias jurídicas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[122]. Independientemente de que los hechos descritos se consideren o no «crímenes», son hechos ilícitos muy graves cometidos por los Estados. Si la Comisión decide no ampliar el alcance del proyecto de artículos a fin de que incluya la responsabilidad de los Estados, sería preciso introducir una cláusula «sin perjuicio» en el texto.

42. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ indica que, aunque está de acuerdo en que los Estados no pueden ser considerados penalmente responsables de la comisión de hechos tipificados como crímenes de lesa humanidad, ello no significa que estén exentos de toda responsabilidad. Habida cuenta de que esos hechos constituyen contravenciones graves de una norma imperativa de derecho internacional, a saber, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, cabe deducir que el Estado incurre en responsabilidad por la comisión de esos hechos. Así pues, el proyecto de artículos tal vez deba abordar, de manera paralela, tanto la responsabilidad penal de las personas como la responsabilidad internacional de los Estados en relación con la perpetración de crímenes de lesa humanidad, pues son, esencialmente, las dos caras de una misma moneda. Desde esa perspectiva, la oradora apoya plenamente la propuesta del Sr. Candioti de considerar la posibilidad de incluir una cláusula «sin perjuicio» en el proyecto de artículos. Esa cláusula garantizaría la existencia de dos responsabilidades, pues establecería que el

[122] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona o la responsabilidad del Estado por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

43. El Sr. PETRIČ dice que algunos aspectos del tema se refieren a obligaciones de los Estados, como la de prevenir los crímenes de lesa humanidad y cooperar para que se enjuicie a los autores, y otros conciernen a obligaciones de las personas. Si el Estado incumple sus obligaciones, también incurre en responsabilidad, aunque esta no sea penal. Por consiguiente, el proyecto de artículos debería abordar ambos tipos de responsabilidad.

44. El Sr. CAFLISCH dice que es perfectamente legítimo, e incluso necesario, que el proyecto de artículos aclare los dos tipos de responsabilidad internacional que pueden generar los crímenes de lesa humanidad y explique su interrelación.

45. El Sr. FORTEAU señala que la cuestión de si conviene incluir la responsabilidad de los Estados en el proyecto de artículos debe resolverse en el período de sesiones en curso, puesto que está relacionada con el alcance del proyecto de artículo 1. Se debería señalar, ya sea en el comentario de dicho proyecto de artículo o en un nuevo párrafo, que la comisión de un crimen de lesa humanidad por un Estado puede comprometer su responsabilidad. La afirmación del Relator Especial de que los Estados no deben participar en conductas que, de ser perpetradas por un individuo, se considerarían un crimen de lesa humanidad resulta un tanto desconcertante. En el fallo dictado en 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 fue mucho más directa al adoptar la posición de que el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio tiene el efecto de prohibir a los Estados que cometan ellos mismos el delito de genocidio. Esa opinión implica una prohibición estricta de la comisión del delito de genocidio por los Estados. El orador propone que se añada una oración que retome algunos elementos de los artículos sobre la responsabilidad del Estado como un nuevo párrafo del artículo 1 o de su comentario del tenor siguiente: «Se prohíbe que los propios Estados partes cometan interacciones graves de normas imperativas de derecho internacional general que constituyan crímenes de lesa humanidad, en el sentido del presente proyecto de artículos» [«*Tout État partie a l'interdiction de commettre lui-même des violations graves de normes impératives de droit international général constitutives de crimes contre l'humanité au sens du présent projet d'articles*»]. El comentario podría aclarar que se alude a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y que los actos en cuestión se definen como crímenes de lesa humanidad. Ello podría solucionar el problema.

46. El Sr. KITTICHAISAREE dice que, al definir la expresión «ataque contra una población civil», el artículo 7, párrafo 2 *a*, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se refiere a «una línea de conducta […] de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política». Eso significa que, para que un acto pueda considerarse un crimen de lesa humanidad, debe haberse cometido de conformidad con la política de un Estado o de una organización. No obstante, varios tribunales y cortes internacionales han dictaminado que esa disposición no forma parte del derecho internacional consuetudinario y solo se aplica al Estatuto de Roma. Al examinar los elementos del crimen de los crímenes de lesa humanidad, la Comisión podría examinar ese aspecto de la participación del Estado en su perpetración.

Se suspende la sesión a las 11.45 horas y se reanuda a las 12.10 horas.

47. El Sr. PETRIČ señala que el 12 de julio de 2015 se cumplirán 20 años del crimen de genocidio cometido en Srebrenica. El establecimiento de la Corte Penal Internacional es un hito histórico en los esfuerzos de la humanidad por prevenir y sancionar los crímenes más atroces y de mayor alcance, pese a que el Estatuto de Roma sigue sin gozar de aceptación universal. Como se indica en el párrafo 26 del informe del Relator Especial, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad bien diseñada podría contribuir a llenar una laguna en los actuales regímenes de tratados, con lo que al mismo tiempo serviría para reforzar esos regímenes. Ahora bien, ¿podría llenar esa laguna por completo?

48. Se ha dado a entender que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, debía actualizarse. Su definición de genocidio, redactada tras el Holocausto, no incluye matanzas a gran escala, aparte de las cometidas contra personas pertenecientes a un determinado grupo racial, étnico o religioso (*dolus specialis*). Por consiguiente, 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 no pudo calificar de genocidio las matanzas en Bosnia y Herzegovina ocurridas en lugares que no fueran Srebrenica, ya que no cumplían el requisito del *dolus specialis*. Del mismo modo, las matanzas cometidas en Camboya tampoco se consideran genocidio con arreglo a una interpretación *strictu sensu* de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. ¿Y qué sucede con el «genocidio cultural» (la destrucción de la identidad cultural o étnica de un grupo)? El Sr. Gómez Robledo ha preguntado si las armas de destrucción masiva, que no discriminan entre civiles y miembros del ejército, no deberían abordarse también en el marco de los crímenes de lesa humanidad.

49. La «responsabilidad de proteger», aunque no es un concepto jurídico ni una obligación jurídica, autoriza a los Estados a intervenir, siempre que tengan la aprobación del Consejo de Seguridad, para proteger a la población civil de otro país. Ese concepto se ha convertido en una realidad con la reciente intervención militar en Libia. Ello suscita la duda de si la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad solo se aplica en el plano nacional o también en el internacional.

50. Hasta la fecha, las reacciones de la comunidad internacional a la comisión de crímenes a gran escala se han correspondido con acontecimientos históricos y asesinatos a gran escala concretos. En cambio, el proyecto de

convención formará parte de un régimen general para la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad, cuyos ejes principales serán la cooperación internacional y el enjuiciamiento nacional. Como se señala en el párrafo 24 del informe, la Corte Penal Internacional es una institución internacional fundamental a la hora de enjuiciar a personas de alto rango responsables de crímenes internacionales, pero los tribunales nacionales son los más indicados para el enjuiciamiento de todos los demás infractores. Una nueva convención podría contribuir a reforzar la labor de la Corte al crear una mayor capacidad en el plano nacional para la prevención y sanción de los crímenes más atroces. Debería velar no solo por que los Estados partes tipifiquen como delito los crímenes de lesa humanidad, sino también por que los infractores tengan un juicio justo con las debidas garantías procesales. Hay varias garantías que resultan pertinentes en caso de incorporar la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma al derecho penal nacional. Nadie debe ser juzgado o condenado por un delito que no esté previamente definido con claridad en la ley, y la pena debe ajustarse a los límites establecidos por la ley (*lex certa*); el tribunal no debe ampliar ni aplicar en sentido amplio la definición del delito (*lex stricta*); y, en caso de duda, la regla *in dubio pro reo* debe prevalecer.

51. Aunque la Corte Penal Internacional actúa de conformidad con un único instrumento, el Estatuto de Roma, los tribunales nacionales están estrictamente obligados por sus propios procedimientos penales y garantías constitucionales. Los Estados clasifican los asesinatos de muy diversas formas y sancionan cada tipo de asesinato de manera diferente. De conformidad con los *Elementos de los Crímenes* de la Corte Penal Internacional, por «asesinato» se entenderá que «el autor haya dado muerte a una o más personas», y la expresión «dado muerte» es intercambiable con la expresión «causado la muerte»[123]. Ello resulta muy vago desde el punto de vista de la *lex certa* y la *lex stricta*. En la lista de los actos enumerados en el proyecto de artículo 2, párrafo 1, propuesta por el Relator Especial, las expresiones «[o]tros actos inhumanos» y «u otros abusos sexuales de gravedad comparable» son igualmente vagas. Si bien esas definiciones pueden ser adecuadas para un tribunal internacional especializado como la Corte Penal Internacional, los Estados tendrán dificultades para trasladarlas a su legislación.

52. Por consiguiente, aunque apoya la definición de crímenes de lesa humanidad propuesta por el Relator Especial en el proyecto de artículo 2, el orador piensa que, a fin de ajustarse a la *lex certa* y la *lex stricta*, los Estados precisan la flexibilidad necesaria para definir los crímenes de lesa humanidad en su propia legislación penal. Así pues, es partidario de que se añada un párrafo al proyecto de artículo 2 conforme a lo propuesto por el Sr. Forteau: los Estados no deben quedar obligados a utilizar la definición de la Comisión como tal, sino a incorporar el fondo de esta a los códigos penales nacionales.

53. Tal vez sea conveniente incluir también la organización de un crimen en la lista de actos enumerados en el proyecto de artículo 2, párrafo 1: las personas que organizan crímenes de lesa humanidad pueden ser mucho más peligrosas que las que los ejecutan. Se felicita en particular de que, en el proyecto de artículo 2, párrafo 1, se mencione «cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque» como uno de los elementos que distinguen los delitos comunes de los crímenes de lesa humanidad.

54. El proyecto de artículo 1 está bien redactado y, por lo tanto, listo para su remisión al Comité de Redacción. No obstante, la expresión «en tiempo de guerra» que figura en el párrafo 1 no es exacta, ya que hay otros conflictos armados que también son pertinentes en la materia. Cuestiona la afirmación que se hace en el párrafo 2 en el sentido de que todo Estado parte tomará medidas eficaces «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción». ¿Significa eso que los Estados no incurren en responsabilidad fuera de su jurisdicción con respecto a los crímenes de lesa humanidad o que no deberían tener interés en prevenirlos?

55. El orador apoya el proyecto de artículo 1, párrafo 3, pero dice que podría ampliarse para tener en cuenta cuestiones como el *ius cogens*, la prescripción, las reservas y la retroactividad en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. La prescripción es particularmente importante, ya que las investigaciones y los enjuiciamientos bien pueden tener lugar muchos años después de que ocurra el presunto delito.

56. A fin de elaborar una convención realmente útil para los tribunales nacionales y que proporcione orientación tanto a la Comisión como a los Estados, el orador sugiere que algunos miembros de la Comisión o, al menos, el Relator Especial soliciten la opinión de expertos en derecho penal internacional y nacional. También considera que, teniendo en cuenta el carácter delicado del tema, convendría adoptar un enfoque más general de las cuestiones que plantea.

57. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que desea formular cuatro observaciones generales sobre el primer informe. En primer lugar, si bien corresponde a la Asamblea General tomar una decisión sobre la forma final de la labor de la Comisión, el orador confía en que se tengan en cuenta las recomendaciones de la Comisión de que debería optarse por una convención, dada la importancia del tema y sus antecedentes históricos. La noción de que la responsabilidad por los crímenes más atroces puede atribuirse a personas está firmemente arraigada en derecho internacional desde hace tiempo, lo que ha dado lugar a juicios muy notorios, en particular en Francia. Puesto que el concepto de crímenes de lesa humanidad ha evolucionado a lo largo de los años mediante los estatutos y la jurisprudencia de diversos tribunales penales internacionales, en particular la Corte Penal Internacional, resulta sorprendente que todavía no exista una convención internacional sobre los crímenes de lesa humanidad.

58. En segundo lugar, en cuanto a la relación entre el proyecto de convención y otros tratados, el orador recuerda que algunos Estados y miembros de la

[123] Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, La Haya, 2013. Puede consultarse en el sitio web de la Corte: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf.

Comisión han defendido la adopción de un enfoque prudente en relación con el proyecto de convención a fin de evitar todo conflicto con los regímenes convencionales existentes, incluido el de la Corte Penal Internacional. En ese sentido, en el primer informe se explica que los crímenes de lesa humanidad difieren del delito de genocidio, ya que no requieren que haya habido la intención de destruir, total o parcialmente, a un determinado grupo; ni se producen necesariamente en situaciones de conflicto armado, como los crímenes de guerra.

59. En tercer lugar, en el primer informe se examinan las distintas definiciones de los crímenes de lesa humanidad en diversos instrumentos internacionales, que en todos los casos establecen dos criterios básicos: los crímenes de lesa humanidad son actos de violencia dirigidos contra un grupo concreto de personas, independientemente de que sean o no nacionales de un Estado, y pueden cometerse tanto en tiempos de paz como de guerra. En cuarto lugar, según diversos estudios realizados, la mayoría de los Estados, incluso los que son parte en el Estatuto de Roma, no tienen legislación específica sobre los crímenes de lesa humanidad.

60. Por último, el orador hace suya la propuesta del futuro programa de trabajo y recomienda la remisión de los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

61. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que, en su primer informe, el Relator Especial presenta una muy buena argumentación acerca de la importancia de redactar proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad que puedan servir de base para la adopción de una futura convención. Coincide con el Relator Especial en que un conjunto de proyectos de artículo que ponga énfasis en la cooperación interestatal puede ser de gran utilidad en los esfuerzos de los Estados para la prevención y represión de esos crímenes. Un nuevo instrumento internacional específico sobre los crímenes de lesa humanidad puede promover una mayor adopción o adecuación de las legislaciones nacionales en la materia, así como contribuir a la mejora del sistema de complementariedad en que se basa el Estatuto de Roma.

62. El carácter de *ius cogens* de la prohibición se deriva de una serie de consecuencias jurídicas que deberían ser analizadas por el Relator Especial en futuros informes, en relación tanto con la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos como con la responsabilidad de los perpetradores. En particular, los Estados tienen la obligación de cooperar para poner fin, por medios internacionalmente lícitos, a toda violación de una obligación de *ius cogens*. El orador señala la importancia de que esto se haga constar explícitamente, ya sea como un proyecto específico de artículo o como un párrafo preambular. Si se prefiere la segunda opción, propone que el párrafo se lea como sigue: «Reafirmando que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)».

63. En cuanto a los comentarios específicos sobre los dos proyectos de artículo, coincide en que la expresión «[t]odo Estado parte confirma», que figura en el proyecto de artículo 1, párrafo 1, debe suprimirse. Se inspira en el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, pero parece innecesaria en el contexto histórico actual. El orador coincide también con quienes han expresado la necesidad de hacer referencia a «conflicto armado» y no a «guerra», y señala que habrá que precisar, ya sea en el proyecto de artículo o en los comentarios, que la expresión «conflicto armado» se refiere tanto a los conflictos armados internacionales como a los de carácter no internacional. Considera preferible el uso de la referencia a «crímenes internacionales» en lugar de a «crímenes según el derecho internacional», y le parece adecuada la redacción del primer párrafo del proyecto de artículo 1 propuesta por el Sr. Caflisch.

64. El orador coincide en buena parte con el razonamiento que hace el Relator Especial en los párrafos 80 y siguientes del informe en torno a la obligación de prevenir. Coincide con quienes han señalado que, dado que la obligación de prevenir impone a los Estados la obligación de no cometer esos actos ellos mismos por intermedio de sus órganos, es necesario articular con claridad que el proyecto de artículos abarca tanto la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos como la responsabilidad penal individual de los perpetradores. Sobre ese punto, la sugerencia hecha por el Sr. Forteau a fin de reflejar expresamente la obligación de los «Estados», sin limitarse a los «Estados partes» en una eventual convención futura, amerita de ser considerada. El proyecto de artículo 1, párrafos 2 y 3, debe reflejar el carácter de *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad. El orador está de acuerdo con las reflexiones hechas con miras a su tratamiento separado en otros proyectos de artículo.

65. El orador coincide con el Relator Especial en la conveniencia de que la definición del crimen de lesa humanidad reproduzca el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma. No obstante, se podría buscar una formulación más flexible que permita la ampliación del alcance de esa norma en el futuro, a fin de adaptarse a la evolución del derecho internacional consuetudinario. En relación con los crímenes de lesa humanidad que se enmarcan en el párrafo 1 *k*, a saber, «[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física», señala que la experimentación biológica bien podría pertenecer a esa categoría, pues no tiene por qué limitarse a un contexto de conflicto armado y ser únicamente en ese caso un crimen de guerra.

66. Es importante que el Relator Especial analice la vinculación con los crímenes de lesa humanidad de la normativa sobre refugiados y migraciones en lo referente a la obligación de juzgar o extraditar y con miras a evitar la impunidad. Más que no reconocer el estatuto de refugiado o negar el ingreso al territorio de un Estado a un extranjero, el Estado en cuestión debería juzgar o extraditar a la persona interesada.

67. Por último, el orador señala que el futuro programa de trabajo propuesto le parece factible y apoya el envío de los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

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

[Tema 1 del programa]

68. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que el Comité de Redacción sobre el tema de los crímenes de lesa humanidad está integrado por la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Hmoud, la Sra. Jacobsson, el Sr. Kamto, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Saboia, el Sr. Tladi, el Sr. Wako, Sir Michael Wood y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3258ª SESIÓN

Jueves 28 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, 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. Tladi, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/680, A/CN.4/L.853)

[Tema 10 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del primer informe del Relator Especial sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/680).

2. El Sr. WAKO da las gracias al Relator Especial por su excelente primer informe, detallado y bien documentado, cuya longitud, si bien sobrepasa la habitual, es adecuada, pues sienta las bases del proyecto. Al principio, no estaba convencido de la necesidad de iniciar una labor sobre ese tema; consideraba que se debía dejar pasar un tiempo para que el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional estuvieran plenamente asentados. Cuando el tema se incluyó por primera vez en el programa, la propuesta de elaborar una nueva convención sobre los crímenes de lesa humanidad tampoco recibió un apoyo unánime, ni siquiera en el marco de la Comisión. Algunos Estados también expresaron reservas, en particular Francia, que señaló en la Sexta Comisión que era preferible fomentar la adhesión universal al Estatuto de Roma y reforzar la eficacia de las normas existentes. No obstante, las conclusiones, extremadamente interesantes, del informe final de la conferencia sobre los crímenes de lesa humanidad organizada el año pasado por la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington y el artículo del Sr. Chérif Bassiouni titulado «Crimes against humanity: the need for a specialized convention»[124] han llevado al orador a reconsiderar su posición inicial y adoptar una visión más favorable respecto al tema.

3. En su primer informe, el Relator Especial trata de exponer el interés que tendría una nueva convención sobre los crímenes de lesa humanidad en relación con las lagunas del derecho penal internacional que el Estatuto de Roma no ha llenado, ya que se centra específicamente en combatir de manera efectiva los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional». El Estatuto de Roma prevé el establecimiento de una corte penal internacional, y contiene disposiciones detalladas sobre la investigación y el enjuiciamiento, así como sobre la cooperación internacional y la asistencia judicial. Basado en el principio de complementariedad, pone de relieve la importancia de la jurisdicción penal nacional, insistiendo en el preámbulo en la necesidad de asegurar el sometimiento efectivo a la acción de la justicia mediante la adopción de medidas en el plano nacional y la intensificación de la cooperación internacional. No obstante, la cooperación internacional prevista es la cooperación entre la Corte Penal Internacional y los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma. El capítulo IX, relativo a la cooperación internacional y la asistencia judicial, y el capítulo X, sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, solo se refieren a la relación entre la Corte y los Estados partes en el Estatuto de Roma. Basado en un enfoque vertical de la relación entre la Corte y los Estados partes, el Estatuto de Roma no niega la importancia del papel de los diversos órganos del Estado. En realidad, reconoce de manera implícita su función de liderazgo en la lucha contra la impunidad, lo que explica la necesidad de sistemas de justicia particularmente sólidos y eficaces a escala nacional.

4. Como reconoce el Relator Especial en el párrafo 24 del primer informe, la Corte Penal Internacional no fue establecida para procesar a todos los que cometan crímenes de lesa humanidad y no dispone de los medios necesarios para ello. La Corte ha subrayado que ni con la mejor voluntad del mundo podría procesar a todos los responsables y, por tanto, debía concentrarse en las personalidades de muy alto rango, dejando a sus subordinados inmediatos libres de procesamiento. En cuanto al costo de la investigación y el enjuiciamiento, distaría de ser razonable, pues equivaldría, según algunos estudios, al presupuesto para la justicia de algunos países en desarrollo. A fin de dotarse de los medios necesarios para prevenir los crímenes de lesa humanidad y enjuiciar a todos los autores de estos crímenes, hay que poder contar con sistemas de justicia nacionales sólidos y eficaces, y con la cooperación entre los Estados, ya que el enfoque horizontal completa el enfoque vertical. Así pues, la nueva convención debería insistir en la cooperación entre Estados y la asistencia judicial; también debería prever

[*] Reanudación de los trabajos de la 3250ª sesión.

[124] *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31 (1994), págs. 457 a 494.

la posibilidad de extraditar a los autores de crímenes de lesa humanidad, lo que obviaría la necesidad de concluir tratados bilaterales con ese propósito. Por último, dado que la Corte solo interviene *a posteriori*, es decir, una vez cometido el crimen de lesa humanidad, la cuestión de la prevención debería ocupar un lugar preponderante en cualquier convención que se elabore sobre el tema.

5. En cuanto al proyecto de artículo 1, el Sr. Wako dice estar preocupado porque el futuro programa de trabajo, presentado en el capítulo VI del informe, no indica que la nueva convención vaya a tratar cuestiones aparte de las relacionadas con el enjuiciamiento, que incumben al Estatuto de Roma tanto en el plano nacional como en el internacional. Del mismo modo que la nueva convención podría contribuir mediante diversos mecanismos a reforzar la investigación y el enjuiciamiento, también podría incluir un capítulo sobre la prevención de los crímenes de lesa humanidad, que debe entenderse en un sentido amplio y no centrarse únicamente en los delitos cuya comisión sea inminente. Como se indica en el párrafo 116 del informe, una obligación de esta índole en general obliga al Estado parte a promulgar legislación, crear instituciones y formular políticas a escala nacional para dar a conocer el carácter delictivo del acto, emprender iniciativas para informar a funcionarios públicos respecto de las obligaciones asumidas por el Estado con arreglo a la convención y crear programas de formación para la policía, el ejército, las milicias y otros funcionarios pertinentes. Por ello, el Sr. Wako no apoya la supresión del párrafo 2 del proyecto de artículo 1, que podría servir de base para un capítulo sobre la prevención. Ese capítulo indicaría las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que deberían adoptar los Estados y ofrecería directrices para la formulación de la legislación, las políticas y las medidas necesarias, recalcando que deben ser conformes con el derecho internacional, como ha propuesto el Sr. Kolodkin. También alentaría a los Estados a armonizar sus leyes y promover las relaciones interestatales, como han señalado, entre otros, los Sres. Petrič, Tladi y Šturma. Además, podría sentar las bases de una obligación de proporcionar ayuda y asistencia técnica a los Estados que no cuentan con los medios para adoptar por sí mismos las medidas antes mencionadas.

6. Los párrafos 52 a 64 del primer informe contienen un análisis muy convincente de la definición de crímenes de lesa humanidad en el derecho interno. De él se desprende, en particular, que de los 34 Estados que poseen legislación específica sobre los crímenes de lesa humanidad, solo 10 —incluido Kenya, que no se cita— reproducían literalmente la definición de esos crímenes que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Nada dice que una nueva convención pueda favorecer la adopción por más Estados de una definición adecuada de los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno. La Corte Penal Internacional ha tratado de ayudar a los Estados a ese respecto mediante sus servicios de asesoramiento, pero sin éxito, ya que esa no es su misión principal. En cualquier caso, el orador respalda el enfoque pragmático adoptado por el Relator Especial, que retoma, *mutatis mutandis*, la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma. El debate ha puesto de manifiesto que algunos miembros a favor de ese enfoque consideraron, no obstante, que no se debe imponer a los Estados la obligación de incorporar la definición del artículo 7 al derecho interno, sino simplemente reflejar su contenido, como ha señalado el Sr. Petrič. Ahora bien, como se dice en el párrafo 64 del informe, dado que las leyes estatales que han tipificado como delito los crímenes de lesa humanidad son muy diferentes, en la actualidad existen importantes obstáculos para la cooperación. Por tanto, parece preferible retomar la definición del artículo 7, a fin de armonizar las legislaciones nacionales. Puesto que las diferencias de interpretación entre los tribunales nacionales son ciertamente inevitables, cabría especificar que deben tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, como ha propuesto el Sr. Nolte.

7. Como se subrayó en los debates celebrados en la Sexta Comisión, la labor de la Comisión no debe socavar la vocación universal de la Corte Penal Internacional, ni concordar los sistemas existentes, sino complementarlos. Por tanto, es conveniente tratar todas las cuestiones que se plantean teniendo en cuenta que la Corte, en palabras del párrafo 4 del informe, se encuentra en el núcleo de las actividades de lucha contra el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. No obstante, existe un riesgo real, al que no se debe restar importancia, de crear un régimen contrapuesto, lo que daría lugar a actividades paralelas susceptibles de poner en peligro el carácter universal de la Corte Penal Internacional. Para evitarlo, podría insertarse al principio o al final de la convención una disposición que estableciera de manera expresa que la convención se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto de Roma y las normas elaboradas de conformidad con él, que prevalecerán en caso de conflicto.

8. Entre los temas espinosos que plantea el proyecto de convención se encuentra la cuestión de las inmunidades. En efecto, es posible que algunos Estados no hayan ratificado el Estatuto de Roma porque no desean estar sujetos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y, en particular, no están de acuerdo con que sus Jefes de Estado o de Gobierno u otros funcionarios de alto nivel tengan que rendir cuentas ante ella. El artículo 27 del Estatuto de Roma, que establece que el cargo oficial de una persona en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal, constituye un obstáculo no solo para los Estados que se han negado a ratificar el Estatuto, sino también para los que se adhirieron pero ahora desean retirarse de él o solicitan, como han hecho algunos Estados de África por conducto de la Unión Africana, la modificación de esa disposición para que los Jefes de Estado en funciones queden exentos de enjuiciamiento en virtud del derecho internacional consuetudinario. Así pues, es muy probable que, si la cuestión de la inmunidad no se aborda de manera adecuada en el proyecto de convención que la Comisión se propone elaborar, lejos de propiciar una situación en la que ambos instrumentos reciban un gran número de adhesiones de toda la comunidad internacional, la nueva convención sirva de escapatoria para los Estados que no deseen adherirse al Estatuto de Roma, lo que socavaría la autoridad de la Corte Penal Internacional. Por consiguiente, convendría que el Relator Especial examinara con detenimiento la cuestión de la inmunidad en el marco de su futura labor.

9. Esas consideraciones también tienen repercusiones en las disposiciones relativas a la extradición y la jurisdicción universal de los tribunales nacionales. Una vez más, sería aconsejable que, en su próximo informe, el Relator Especial examine en profundidad el derecho internacional consuetudinario que rige la jurisdicción universal, y en particular la manera en que el proyecto de convención puede modificar o alterar la costumbre, ya que contiene disposiciones destinadas a reforzar la cooperación entre naciones y entre Estados. No obstante, cada vez con más frecuencia se considera que la Corte Penal Internacional está llamada a sustituir a los tribunales nacionales en la función de aplicación de la jurisdicción universal.

10. La opinión del Sr. Tladi, que comparten algunos Estados presentes en la Sexta Comisión y aspira a centrar el proyecto de convención en una gama de delitos más amplia —incluidos el genocidio y los crímenes de guerra—, restringiendo al mismo tiempo su alcance a la extradición y la asistencia judicial recíproca, no es irrelevante. No obstante, a menos que la Asamblea General se replantee lo que se ha decidido, es demasiado tarde para modificar el tema inscrito en 2013 en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión y es preciso adaptarse a él.

11. En cuanto a los proyectos de artículo, el Sr. Wako reafirma que desea que se mantenga el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 y señala que la expresión «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción», como explica el Relator Especial en el párrafo 115 del informe, parece aludir a la jurisdicción extraterritorial y sería mejor añadir las palabras «o control» u «o control efectivo», siguiendo el modelo del apartado *a* del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre[125]. Dicho esto, también podría hacerse eco de la propuesta del Sr. Nolte a ese respecto. En cuanto al párrafo 1 del artículo 1, el orador apoya la propuesta de sustituir el término «guerra» por la expresión «conflicto armado», dejando en manos del Relator Especial la explicación del sentido con el que se usa. En relación con el párrafo 3 del mismo artículo, está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que podría mejorarse reformulándolo en consonancia con el artículo 10 del Estatuto de Roma y el artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

12. En relación con el proyecto de artículo 2, párrafo 2 *a*, el orador dice que el Relator Especial ha sido pragmático al adoptar la definición de «ataque contra una población civil» que figura en el artículo 7, párrafo 2 *a*, del Estatuto de Roma. No obstante, convendría explicar el significado de las palabras «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política». Aunque en el Estatuto de Roma su presencia se justifica por el hecho de que tiende a propiciar una política de enjuiciamiento que solo se aplica a los funcionarios de mayor grado, debería modificarse ligeramente a los efectos del proyecto de convención para que los tribunales nacionales puedan enjuiciar a más funcionarios, ya que la experiencia ha demostrado que los procesos contra algunos presuntos autores de crímenes de lesa humanidad han tenido que ser abandonados por falta de relación con la política de un Estado o de una organización. También ha suscitado inquietud el uso de los términos «política» y «sistemático» porque es difícil determinar cuándo, cómo y por quién se decidió una política y a qué nivel del Estado o de la organización en cuestión. Algunos también se han preguntado por qué la noción de la política debería figurar entre los elementos de los crímenes de lesa humanidad cuando no forma parte de los del delito de genocidio. Según el orador, se trata de un elemento innecesario que debería volver a examinarse por el Comité de Redacción o el Relator Especial en su próximo informe a la luz de la información facilitada por el Sr. Kittichaisaree sobre las condiciones de adopción del artículo 7 del Estatuto de Roma. Dado que los derechos humanos gozan de una aceptación más amplia en la actualidad, quizás se podría suprimir.

13. Para terminar, el orador dice que apoya la remisión de los proyectos de artículo al Comité de Redacción, no sin felicitarse de la importancia otorgada por el Relator Especial al papel fundamental que desempeña la Corte Penal Internacional en la lucha contra los crímenes de lesa humanidad.

14. El Sr. HASSOUNA da las gracias al Relator Especial por su primer informe, claro, completo y bien documentado, que constituye una base sólida para el análisis del tema, y por los grandes esfuerzos que ha desplegado para explicar el proyecto a diferentes Gobiernos de cuatro continentes. Convendría que los miembros de la Comisión, por su parte, se esforzaran por sensibilizar a los Estados de sus respectivas regiones acerca de la necesidad de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad, ya que el objetivo de la Comisión no solo es elaborar un proyecto de instrumento adecuado, sino también convencer a los Gobiernos de su pertinencia para asegurar la aceptación y aplicación.

15. El orador, recordando las dificultades a las que, según su Presidente, el Sr. Bassiouni, se enfrentó el Comité de Redacción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en 1998 al redactar el artículo 7, debido a que no existía una definición codificada de los crímenes de lesa humanidad, señala que, en comparación, la elaboración de los estatutos de diversos tribunales penales mixtos o especiales se ha basado, en lo que al genocidio se refiere, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, lo que ha permitido evitar multitud de definiciones diferentes. Por lo tanto, ya es hora de elaborar una convención específicamente dedicada a los crímenes de lesa humanidad, que no solo tenga por objeto regular las relaciones jerárquicas entre los tribunales internacionales y los Estados, sino también las relaciones horizontales entre los Estados. Según el Sr. Bassiouni, dicha convención favorecería la armonización de las legislaciones nacionales y el respeto del Estatuto de Roma tanto por los Estados que son parte en él como por los que no lo son. En los últimos cinco decenios, se ha producido un aumento significativo, en diferentes continentes, del número de víctimas de conflictos de carácter no internacional, así como de conflictos puramente internos. La cifra de víctimas es enorme y el vacío legal, flagrante. Dada la cantidad de víctimas de agentes no estatales, resulta incluso increíble que aún no exista

[125] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 66.

una convención de ese tipo. Paradójicamente, algunas actividades delictivas que han causado menos víctimas y generado menos dolor son objeto de muchos más instrumentos internacionales. Tal es el caso, en particular, del tráfico internacional de estupefacientes, tratado en 13 instrumentos, o del terrorismo, que ha dado lugar a 19 instrumentos relativos a actos concretos, a falta de una convención general susceptible de abarcar todos, con independencia del medio concreto empleado para conseguir el resultado ilícito.

16. Muchos actos clasificados hasta ahora como «terroristas» pertenecen a la categoría de crímenes de lesa humanidad. Basta con observar los crímenes cometidos casi a diario por algunos grupos para constatar que los crímenes de lesa humanidad no solo no disminuyen, sino que se multiplican, y que la falta de codificación es patente. Frente a esa trágica realidad, los argumentos jurídicos en favor de una nueva convención o acuerdo parecen innegables. Por consiguiente, se debería reforzar la cooperación interestatal en materia de crímenes de lesa humanidad, obligar a los Estados a incorporar esos delitos en sus códigos penales, llenar las lagunas relacionadas con el alcance de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, velar por que todos los autores de crímenes de lesa humanidad, ya se trate de Jefes de Estado o militares de rango inferior, sean juzgados, aclarar el contenido de la obligación de enjuiciar o extraditar aplicada a los crímenes de lesa humanidad y, por último, prever la posibilidad de elaborar una disposición para establecer la jurisdicción universal en materia de crímenes de lesa humanidad. El Sr. Hassouna espera que esos argumentos contribuyan a convencer a los escépticos de la necesidad de una nueva convención, cuyo propósito, en su opinión, consistiría fundamentalmente en luchar contra la impunidad y garantizar que se haga justicia.

17. Con respecto al enfoque general que el Relator Especial debería adoptar, hay que evitar elaborar un instrumento demasiado amplio, cuyo contenido se superponga con las disposiciones del Estatuto de Roma. Parece que el hecho de centrar el proyecto en las relaciones horizontales entre los Estados es una manera adecuada de evitar esa duplicación, pero es algo que puede suceder, por lo que el Relator Especial deberá estar atento.

18. Por la atención prestada a su redacción, los proyectos de artículo propuestos ponen de manifiesto que el Relator Especial ha tratado de aplicar un término medio, como recomendaron los Estados presentes en la Sexta Comisión, teniendo en cuenta al mismo tiempo la postura de los miembros de la Comisión. Se basa con acierto en la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Roma, que goza de amplia aceptación, aunque algunos aspectos siguen siendo objeto de controversia.

19. En cuanto al proyecto de artículo 1, el Relator Especial propone atinadamente incluir entre las obligaciones que incumben a los Estados la de prevenir los crímenes de lesa humanidad y sancionar a los autores. No obstante, el Sr. Hassouna comparte la opinión de otros miembros de la Comisión que consideran que esas dos obligaciones deberían tratarse por separado. También lamenta que el informe no especifique la naturaleza de esas obligaciones —*ius cogens*, obligaciones *erga omnes* o tal vez derecho consuetudinario—, aunque sería un requisito previo para su aplicación. Del mismo modo, convendría mencionar en el comentario la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado que incumpla la obligación de prevenir y sancionar, a la que no se alude en el informe.

20. La propuesta de reemplazar el término «guerra» por la expresión «conflicto armado» en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 es oportuna. Por otra parte, el uso de la expresión «se compromete a prevenir» es adecuado, ya que ha sido suficientemente analizado por la Corte Internacional de Justicia en el fallo dictado 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)*, donde establece claramente dos obligaciones de los Estados, a saber, por una parte, la obligación de prevenir y, por otra parte, la obligación de no cometer actos prohibidos. No obstante, la Corte reconoce en esta decisión que «el contenido del deber de prevenir varía de un instrumento a otro, según la redacción de las disposiciones pertinentes y según la naturaleza de los actos que se deben prevenir» (párr. 429 del fallo). Así pues, no pretende establecer una regla general aplicable a todos los casos en que un instrumento convencional u otra norma jurídicamente vinculante imponen a los Estados la obligación de prevenir. Por consiguiente, sería conveniente precisar en el comentario las obligaciones concretas que incumben a los Estados. El Sr. Hassouna también suscribe la idea de insertar la expresión «o control» después de la expresión «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción» en el párrafo 2 del mismo proyecto de artículo.

21. En cuanto al proyecto de artículo 2, relativo a la definición de los crímenes de lesa humanidad, el Relator Especial ha adoptado un texto basado en el artículo 7, párrafo 2 *a*, del Estatuto de Roma, que requiere que el ataque contra una población civil se produzca «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política». La redacción de ese párrafo del artículo 7 es fruto de un compromiso entre los Estados que se opusieron a las cuestiones de si las condiciones de un ataque generalizado o sistemático en el párrafo 1 de ese artículo eran acumulativas o alternativas y si se debía enjuiciar a los autores de cualquier ataque generalizado y sistemático contra una población civil por crímenes de lesa humanidad, o si la competencia de la Corte debía limitarse a los crímenes organizados por un Estado o una entidad similar. No obstante, el Estatuto de Roma no señala en qué consiste una organización de ese tipo ni quién puede elaborar la política de una organización que satisfaga los criterios establecidos en el artículo 7, párrafo 2. Esa tarea se ha encomendado a la jurisprudencia, lo que ha dado lugar a opiniones disidentes en la Sala Segunda de Cuestiones Preliminares en el marco de una causa relativa a la *Situación en la República de Kenya*. Los Estados partes, a su vez, han adoptado enfoques diferentes con respecto al criterio de la política de un Estado o de una organización. Con independencia de si la Comisión adopta una visión amplia o limitada del tema, tendrá que determinar con claridad quién puede cometer un crimen de lesa humanidad mediante la definición de la política de una organización, ya sea en el texto del proyecto de artículos o, si no, en el comentario. Sería desafortunado dejar a los Estados partes

en la futura convención con dudas a ese respecto, ya que el proyecto de convención debería instar a la aprobación de leyes nacionales que tipifiquen como delito los crímenes de lesa humanidad y ello presupone que sepan exactamente qué actos y actores pueden ser enjuiciados.

22. El Sr. Hassouna también apoya la inclusión en el proyecto de artículo 2 de una cláusula «sin perjuicio» que retome los términos del artículo 10 del Estatuto de Roma para velar por que se tenga en cuenta la evolución de las normas de derecho internacional. Por último, considera que se debería indicar en el comentario del proyecto de artículos si las disposiciones se habrán de interpretar de la misma manera que los artículos del Estatuto de Roma, de los que proceden, o teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Internacional de Justicia o los diversos tribunales penales internacionales, o únicamente a la luz de las interpretaciones unificadas y ampliamente aceptadas. En cuanto al futuro programa de trabajo, en su opinión sería deseable, a ser posible, que la labor sobre los crímenes de lesa humanidad se ultime antes de la fecha límite de 2020 fijada provisionalmente por el Relator Especial. En sus futuros informes, tal vez podría centrarse en las obligaciones que incumben a los Estados partes respecto de los crímenes de lesa humanidad. Muchas otras preguntas, algunas de ellas mencionadas en el primer informe, también deberían examinarse, en particular la cooperación entre Estados en materia de extradición, la asistencia judicial recíproca, la responsabilidad del Estado, la jurisdicción universal, la obligación de enjuiciar o extraditar, el *ius cogens*, la inmunidad de los funcionarios del Estado, la prescripción, la amnistía, la responsabilidad de las personas jurídicas, las reservas, las medidas de fomento de la capacidad y los mecanismos de control. Además, deberían abordarse otras cuestiones complejas, por ejemplo la aplicación retroactiva de la convención, el seguimiento de la aplicación de las normas imperativas que contiene, la determinación de la parte competente para establecer la comisión de un crimen de lesa humanidad y la aplicación del principio *non bis in idem*. Una última cuestión esencial sobre la que la Comisión debe reflexionar es si desea elaborar una convención maximalista, aun a riesgo de que solo sea ratificada por algunos Estados, o una convención minimalista aceptable para todos, pero ineficaz. Es una decisión difícil que la Comisión deberá, no obstante, resolver. Por último, el orador asegura al Relator Especial que cuenta con su pleno apoyo de cara al programa de trabajo intenso que le espera y recomienda que se remitan los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

23. El Sr. KAMTO felicita al Relator Especial por su primer informe, que ofrece un panorama general del tema, así como indicaciones sobre la orientación prevista para el futuro curso de la labor. La ambición que muestra el Relator Especial respecto de la elaboración de una convención sobre la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad no es una mera cuestión de forma. Como cuestión de principio y habida cuenta del reparto de funciones entre la Comisión y la Asamblea General de las Naciones Unidas, sería cuestionable, para empezar, hablar de proyecto de convención. Con todo, el Relator Especial, aunque comienza señalando en el párrafo 13 del informe que el objetivo general de su labor consiste en «redactar los artículos de lo que podría llegar a ser una convención», después se refiere en varias ocasiones a «la convención», manteniendo así la confusión sobre el carácter de dicha labor. El orador, que observa que varios miembros de la Comisión han empleado el término «convención» sin cuestionarse nada, señala que el empleo de ese término mostraría cierta falta de humildad de la Comisión. Esta no puede, de hecho, embarcarse en la elaboración de un proyecto de convención si no es a petición de la Asamblea General, que le solicitó que estableciera lo que podría llegar a ser una convención sobre los crímenes de lesa humanidad, es decir, un proyecto de artículos que se podrá convertir en un proyecto de convención que presentará a los Estados.

24. Más allá del aspecto formal relacionado con el reparto de funciones entre la Comisión y la Asamblea General se plantea un verdadero problema de fondo, a saber, que la manera de proceder de la Comisión no será la misma dependiendo de si redacta un proyecto de artículos, un proyecto de convención o una convención. En el primer caso, la Comisión se esforzará por cumplir de la mejor forma posible su doble misión de codificación y desarrollo progresivo, mientras que, en el segundo caso, no deberá distinguir, al menos no de la misma manera, entre ambos cometidos. La negociación de las convenciones permite a los Estados, y solo a ellos, establecer normas sin tener que justificar su origen ni determinar si forman parte de la codificación o del desarrollo progresivo, ya que están, de alguna manera, en condiciones de «legislar». No obstante, sabiendo hasta qué punto los 23 Estados que se han pronunciado sobre este tema estaban divididos, parece difícil sostener que la Asamblea General pidió a la Comisión que elaborase una convención o un proyecto de convención.

25. El tema de los crímenes de lesa humanidad también es muy delicado desde el punto de vista político, por una parte, debido a la manera en que se han aplicado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y, en especial, el Estatuto de Roma y, por otra parte, porque muchos Estados han expresado inquietud ante el riesgo de que una convención sobre los crímenes de lesa humanidad debilite el régimen establecido por el Estatuto de Roma. Esto no significa en absoluto que el tema no se preste a ser tratado por la Comisión, pero es importante que esta sea consciente del contexto en que se inscribe su labor y que evite establecer un régimen paralelo en todos sus aspectos al régimen derivado del Estatuto de Roma, pues ello obligaría a los Estados a elegir entre ambos.

26. Cuando afirma, en el párrafo 12, que con la creación de una red de cooperación sobre la base de lo que denomina la convención sobre los crímenes de lesa humanidad «se denegaría refugio a los delincuentes, con lo que previsiblemente se estaría ayudando a desalentar desde un primer momento ese tipo de conducta y a garantizar la rendición de cuentas una vez cometidos los hechos», el Relator Especial retoma textualmente los argumentos esgrimidos en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. No obstante, la labor de la Comisión podría contribuir a debilitar el régimen del Estatuto de Roma si instaura o se considera que instaura un régimen paralelo en virtud

del cual algunos Estados puedan eludir la aplicación del Estatuto de Roma y celebrar acuerdos bilaterales sobre crímenes de lesa humanidad, apoyando al mismo tiempo un régimen de jurisdicción universal que les permitiría enjuiciar por crímenes de lesa humanidad a los nacionales de otros Estados partes. En un sistema de ese tipo, solo los Estados más poderosos podrían ejercer en esa esfera competencias atribuidas, en principio, a todos los Estados partes y la jurisdicción universal podría ser utilizada como un instrumento político. El Relator Especial y la Comisión deberían disipar los temores que suscita semejante perspectiva.

27. Recordando la posición que defendió en un debate anterior, el orador dice que el informe objeto de examen se basa en gran medida en la presunción de que todos los Estados se adherirán a una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad, cuando nada apunta a que así sea: aunque se llegase a elaborar dicha convención, los Estados no tendrían ninguna obligación de adherirse a ella. Por consiguiente, los argumentos basados en esa presunción que se esgrimen para justificar la necesidad de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad son irrelevantes. En cuanto a la metodología, resulta curioso que el Relator Especial haya comenzado a redactar dos artículos sin definir antes el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Es esencial llenar esa laguna, ya que la Comisión no puede llevar adelante con eficacia su labor si no sabe adónde va ni cuáles son los límites del tema. Otra cuestión que convendría abordar es si el proyecto de artículos retomará, sin perjuicio de las modificaciones necesarias, las normas de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En efecto, si bien la base de la obligación general de prevención está bien establecida en el informe, no sucede lo mismo con la obligación de sancionar, que parece inspirarse fundamentalmente en los primeros artículos de la Convención contra el Genocidio y el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985.

28. En cualquier caso, la obligación de prevención enunciada en el proyecto de artículo 1, como cualquier obligación de conducta, se compone de varios elementos: no se basa en la realización de un solo acto, sino en una serie de actos jurídicos y hechos, o incluso en prácticas. Por lo tanto, dado que no se trata de una obligación de resultado, la cuestión radica en determinar si el Estado puede incurrir en responsabilidad al haber cumplido una obligación de conducta sin haber logrado impedir, no obstante, la comisión de un crimen de lesa humanidad. El razonamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental en la sentencia dictada en el asunto *Serap c. República Federal de Nigeria* ofrece algunos elementos de respuesta. En ese asunto, el Tribunal consideró que la obligación de conducta enunciada en el artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos exigía al Estado parte adoptar todas las medidas posibles para mantener la calidad del medio ambiente, y la manera de determinar, por los resultados, si el Estado había cumplido esa obligación era examinar la situación del medio ambiente y el conjunto de factores objetivos. Así pues, no bastaba con que el Estado hubiera adoptado medidas legislativas, administrativas y de otra índole para proteger el medio ambiente; también era preciso que esas medidas surtieran efecto y permitieran obtener resultados concretos, lo que, en ese caso, no sucedió. Por consiguiente, el Estado demandado no podía ser exonerado de responsabilidad por los daños causados al medio ambiente en razón de que la industria petrolera no hubiera actuado de conformidad con la normativa vigente. De lo anterior se desprende que la obligación de conducta puede, hasta cierto punto, transformarse en una obligación de resultado, aún más en el caso de los crímenes de lesa humanidad.

29. En cuanto al proyecto de artículo 1, el orador considera que se deberían suprimir las palabras «[t]odo Estado parte confirma que» y modificar ligeramente la oración para que se lea como sigue: «Los crímenes de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, son crímenes contemplados en el derecho internacional que todo Estado parte se compromete a prevenir y sancionar». El párrafo 2 debería unirse al párrafo 1, con algunas modificaciones, de manera que disponga lo siguiente: «A tal fin, todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los crímenes de lesa humanidad en todo territorio que esté bajo su jurisdicción». En cuanto al párrafo 3, sería mejor modificarlo inspirándose en el artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[126].

30. Con respecto al proyecto de artículo 2, el Relator Especial ha optado con acierto por retomar literalmente el artículo 7 del Estatuto de Roma. El orador considera muy pertinentes las cuestiones planteadas por el Sr. Forteau y otros miembros en relación con el párrafo 2, pero cree que la adición que proponen suscita paradójicamente otras preguntas: ¿qué sucedería si la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en una legislación nacional abarcase delitos que en otros Estados no se considerasen como tales o a los que se hubieran opuesto durante las negociaciones relativas a una posible futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad? En esas circunstancias, ¿cómo se podría ejercer el deber de cooperar o la obligación de remitir el caso a las autoridades competentes de un Estado cuya legislación no prevea el delito en cuestión y que no pueda hacer valer la convención a ese respecto? En otras palabras, ¿cómo resolver las situaciones en que el presunto autor de una infracción tipificada como crimen de lesa humanidad en virtud de la legislación de un Estado se encuentre en el territorio de otro Estado cuya legislación no prevé dicho delito? Es importante que la Comisión tenga en cuenta esos interrogantes al acordar la definición que se adopta en el contexto del proyecto de artículo 2.

31. Con esas observaciones, incluida la propuesta de que en el próximo informe del Relator Especial figure un proyecto de artículo sobre el objeto o el ámbito de aplicación del tema, el orador dice estar de acuerdo con que se remitan los dos primeros proyectos de artículo al Comité de Redacción.

---

[126] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

32. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, felicita al Relator Especial por su primer informe, muy bien documentado, que resume la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional con numerosas referencias a la jurisprudencia, los instrumentos internacionales y la doctrina. Los argumentos expuestos en los párrafos 10 a 15 del informe acerca de la necesidad de elaborar una convención sobre los crímenes de lesa humanidad son convincentes. En cuanto a la cuestión de si ese instrumento debería actualizar los instrumentos vigentes relativos al genocidio y los crímenes de guerra, el orador considera que la Comisión debería ceñirse a la elaboración de una convención global sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad y la cooperación interestatal en la materia, que, como afirma el Relator Especial, es «la pieza fundamental» que falta en el marco actual del derecho internacional. Un instrumento de ese tipo podría contribuir a disuadir de la comisión de dichos crímenes y velar por que los responsables rindan cuentas de sus actos. También favorecería una cooperación interestatal más eficaz respecto de la prevención, la investigación, el enjuiciamiento y la extradición.

33. En cuanto al contenido de esa convención, el Presidente aprueba las líneas generales establecidas en los párrafos 13 y 14 del informe, pero también considera que convendría inspirarse en los instrumentos de lucha contra el terrorismo, que han sido ampliamente ratificados. Al igual que otros miembros, cree que la Comisión no debería tratar de ampliar el ámbito de aplicación de la convención mediante la inclusión de disposiciones relativas a la jurisdicción universal, la prohibición de las amnistías o la inmunidad, sino, por el contrario, basarse en las disposiciones en materia de competencia y alcance que figuran en los instrumentos vigentes.

34. En cuanto al proyecto de artículo 1, el Presidente opina, como el Sr. Park y otros miembros, que los tres párrafos se refieren a temas diferentes que sería mejor abordar en artículos separados, y que el objeto o el ámbito de aplicación de la convención deberían definirse al principio del proyecto. Asimismo, se hace eco de las propuestas de reemplazar el término «guerra» por la expresión «conflicto armado». Con respecto al párrafo 2, relativo a la prevención de los crímenes de lesa humanidad, sería más apropiado y eficaz redactar una disposición inspirada en las convenciones recientes de lucha contra el terrorismo. En ella se debería imponer a los Estados la obligación de cooperar, en particular mediante «la adopción de todas las medidas practicables, entre ellas, de ser necesario, la de adaptar su legislación nacional para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de los delitos enunciados en el artículo 2 tanto dentro como fuera de sus territorios» y «la adopción de medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o financien a sabiendas o proporcionen a sabiendas asistencia técnica o información o participen en la comisión de esos delitos».

35. En lo que respecta al proyecto de artículo 2, el orador coincide con otros miembros en que la Comisión no debe tratar de modificar los términos del artículo 7 del Estatuto de Roma. No le parece necesario añadir en el texto del proyecto de artículo ni en el comentario una disposición expresa para velar por que el proyecto de artículo 2 y el artículo 7 del Estatuto de Roma se interpreten de manera uniforme, ya que el Relator Especial propone dedicar un artículo a la solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la convención. Además, para garantizar una interpretación coherente, sería mejor tomar como ejemplo la CNUDMI, que, mediante su base de datos CLOUT, compila la jurisprudencia del mundo entero y la pone a disposición de los tribunales, que pueden consultarla cada vez que conocen de una controversia relativa a alguna de las convenciones de la CNUDMI.

36. El Presidente da las gracias al Relator Especial por el plan de trabajo provisional que ha establecido para proseguir su labor y toma nota de su intención de culminar la primera lectura de todo el proyecto de artículos para 2018 y la segunda lectura para 2020. Está de acuerdo en que se remitan los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

37. El Sr. MURPHY (Relator Especial), resumiendo el debate sobre su primer informe, señala que se centrará, en primer lugar, en las cuestiones generales tratadas en el debate; en segundo lugar, en las modificaciones que pueden introducirse en ambos proyectos de artículo; en tercer lugar, en el comentario del proyecto de artículos; y, por último, en las observaciones sobre el programa de trabajo futuro.

38. Todos los miembros consideran que para la represión de los crímenes de lesa humanidad ya existe un marco jurídico establecido por diversos textos, en particular el Estatuto de Roma, los instrumentos constitutivos de diversos tribunales internacionales especiales, algunos tratados dedicados a actos particularmente graves, como las desapariciones forzadas, que se refieren a los crímenes de lesa humanidad, instrumentos adoptados en el pasado por la Comisión, como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996[127], y el derecho interno de muchos países. En consecuencia, el Relator Especial coincide con la Sra. Escobar Hernández en que la Comisión debe considerar que el proyecto completa la labor llevada a cabo en otras instancias. No obstante, en general se acepta, al menos dentro de la Comisión, que una convención sobre los crímenes de lesa humanidad contribuiría a llenar algunas lagunas del marco jurídico en vigor.

39. Se han expresado opiniones divergentes sobre cuáles son las lagunas más importantes. Algunos miembros, como los Sres. Hmoud y El-Murtadi Suleiman Gouider, han hecho hincapié en la importancia de alentar a los Estados a dotarse de leyes sobre los crímenes de lesa humanidad. Otros, como los Sres. Tladi y Šturma, se han centrado en la cooperación interestatal, por considerar que los Estados ya estaban en condiciones de aprobar leyes en la materia si así lo deseaban y que las diferencias que podía haber entre legislaciones internas no eran críticas e incluso tal vez fueran inevitables. En opinión del orador, no es necesario que la Comisión llegue a un acuerdo sobre los aspectos más importantes de

[127] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

su proyecto. De hecho, cuando los Estados aprueban una convención, puede no haber consenso sobre las disposiciones del instrumento que consideran más importantes. La Comisión simplemente debería esforzarse por incluir en su proyecto de artículos aquellas disposiciones que considere útiles, eficaces y aceptables para los Estados.

40. Varios miembros, incluidos los Sres. Wako, Kamto y Hassouna, han insistido en la necesidad de evitar cualquier conflicto con el Estatuto de Roma. El Relator Especial dice que comparte plenamente esa preocupación y que la tendrá en cuenta a lo largo de toda su labor. Otros miembros han considerado, de nuevo con razón, que es preciso tomar en consideración otros temas estudiados por la Comisión, como las inmunidades y el *ius cogens*.

41. Algunos miembros, como la Sra. Escobar Hernández y los Sres. Kamto y Murase, han expresado dudas o, al menos, reservas acerca de si la Comisión podía o debía aspirar abiertamente a elaborar una convención sobre el tema. Muchos otros, como los Sres. Gómez Robledo, Kittichaisaree, Nolte, Valencia-Ospina, Tladi, Niehaus y Kolodkin y Sir Michael Wood, respondieron que la Comisión había recibido el mandato de hacerlo. Para el Relator Especial, es evidente que la Comisión puede, si así lo desea, formular un «proyecto de artículos» susceptible de servir como base para la elaboración de una convención. De hecho, el artículo 23 de su estatuto establece que, cuando haya culminado el trabajo sobre un tema, la Comisión podrá recomendar a la Asamblea General que «recomiende el proyecto a los Miembros [de las Naciones Unidas], a fin de que concluyan una convención» o «convoque una conferencia para concluir una convención». Además, desde 1992, la inscripción de temas en el programa de trabajo de la Comisión se efectúa mediante un procedimiento en el marco del cual se indica, para cada tema propuesto, las ventajas y desventajas que tendría la redacción de un informe, de un estudio o de un proyecto de convención. En 2011, cuando perfeccionó sus métodos de trabajo, la Comisión señaló que «[l]os relatores especiales o grupos de estudio deben ofrecer al principio, en lo posible, una indicación preliminar acerca de la forma definitiva de la labor realizada sobre un tema determinado (proyectos de artículo que pueden incorporarse a una convención, declaración de principios, directrices, estudio explicativo con conclusiones y recomendaciones, etc.), sin perjuicio de que se revise y modifique posteriormente a medida que avancen los trabajos»[128]. En este sentido, en opinión del Relator Especial, el tema que propuso en 2012 y la Comisión aprobó en 2013 fue muy claro sobre ese punto; en el párrafo 4 de la sinopsis sobre el tema se indicaba que el objetivo de la labor a ese respecto consistiría en «redactar un proyecto de artículos que se convertiría en una convención para la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad»[129]. Las reacciones de los Estados ante esa propuesta fueron muy positivas en 2013 y 2014, y la Asamblea General tomó nota del tema en las resoluciones que aprobó en 2013 y 2014 sobre los informes de la Comisión sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones sexagésimo quinto y sexagésimo sexto[130]. Así pues, no cabe duda de que en el marco de este tema la Comisión puede elaborar un «proyecto de artículos» que se convierta en una convención.

42. Los Sres. Tladi y Murase preguntaron si la labor estaba relacionada con la codificación del derecho internacional consuetudinario o con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Como siempre, la labor guarda relación con ambas, pero para el Relator Especial la mayoría de las disposiciones que figurarán en el proyecto de artículos, por ejemplo en materia de extradición o de asistencia judicial recíproca, no codificarán derechos y obligaciones existentes en el derecho internacional consuetudinario. Por ello, la Comisión a menudo deberá analizar tratados sobre temas diferentes de los crímenes de lesa humanidad para determinar si pueden servir de modelo para redactar sus proyectos de artículo, pero no para codificar la costumbre.

43. Evidentemente, incumbe a la Asamblea General decidir qué hacer con lo que le presenta la Comisión. El Relator Especial señala que en el párrafo 15 de su informe, citado por el Sr. McRae, solo se dice que, si la Comisión recomienda a la Asamblea que apruebe el proyecto de artículos en forma de convención, corresponderá en última instancia a la Asamblea decidir al respecto. Cuando la Asamblea tome una decisión, la Comisión descubrirá si, al definir el ámbito de aplicación del proyecto, que, como ha señalado el Sr. Tladi, no abarca el genocidio ni los crímenes de guerra, hizo la elección correcta.

44. En cuanto a los proyectos de artículo propuestos, todos los miembros que han intervenido han expresado su conformidad con que se remitan al Comité de Redacción. Al mismo tiempo, la mayoría de los miembros han formulado sugerencias, para mejorar la redacción, que deberían influir notablemente en su forma final.

45. En relación con el proyecto de artículo 1, los elementos principales parecen haber sido aceptados, y se han formulado varias sugerencias muy útiles a fin de mejorar tanto la estructura como la redacción. En cuanto a la estructura, algunos miembros, empezando por el Sr. Park, apoyado por los Sres. Kittichaisaree, McRae, Šturma y Hassouna, han señalado que el artículo 1 no estaba equilibrado en la manera de abordar al mismo tiempo la prevención y la sanción, y que podría dividirse en dos artículos independientes. Con respecto a la redacción, algunos miembros consideraban que la fórmula «[t]odo Estado parte confirma que» estaba obsoleta o era innecesaria, y que se debía emplear la expresión «conflicto armado» en lugar del término «guerra». Otros no eran partidarios de restringir el ámbito de aplicación del párrafo 2 mediante la referencia al territorio que figuraba en él. Varios miembros opinaron que, en la etapa actual, era prematuro utilizar la expresión «Estado parte» en los párrafos 1 y 2. Según los Sres. Kolodkin y Nolte, la obligación de prevención enunciada debía acompañarse de una referencia al derecho internacional, mientras que los Sres. Hmoud y Gómez Robledo consideraron, con respecto a la prevención, que también se debería hacer

[128] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 193, párr. 383.

[129] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), anexo II, pág. 101, párr. 3.

[130] Véanse las resoluciones de la Asamblea General 68/112, de 16 de diciembre de 2013, párr. 8, y 69/118, de 10 de diciembre de 2014, párr. 7.

alusión a la posibilidad de la cooperación interestatal. Varios miembros hablaron de incertidumbre en cuanto a las obligaciones mencionadas en el párrafo 3 del proyecto de artículo. Por último, los Sres. Park, Kamto y Murase propusieron que el proyecto de artículo 1 se dedicara al «ámbito de aplicación».

46. El Relator Especial dice que no se propone responder a todas las ideas planteadas, pero considera que muchas de ellas son perfectamente convincentes. Por consiguiente, si la Comisión decide remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción, tiene la intención de proponer que el proyecto de artículo 1 se transforme en un artículo titulado «Ámbito de aplicación», reformulando en una sola oración el contenido del párrafo 1 actual e indicando simplemente que el proyecto de artículos se aplica a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad, que son crímenes según el derecho internacional, cometidos o no en tiempo de conflicto armado. A continuación, propondrá fusionar los párrafos 2 y 3 actuales en un nuevo proyecto de artículo dedicado exclusivamente al tema de la prevención. Ese proyecto de artículo no preverá limitaciones relacionadas con el territorio, remitirá al derecho internacional y vinculará más estrechamente la expresión «[e]n ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales» a la obligación de los Estados de prevenir los crímenes de lesa humanidad.

47. Algunos miembros han pedido que las disposiciones relativas a la «prevención» definan con mayor precisión las obligaciones de los Estados. En opinión del Relator Especial, la Comisión puede lograr ese objetivo inspirándose tanto en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, lo que le permitirá utilizar el texto de la primera y la jurisprudencia conexa y referirse a los diferentes tipos de medidas mencionadas en la segunda. En el comentario que acompaña al proyecto de artículo se explicará con más detalle el sentido de la obligación: obliga al propio Estado a no cometer los actos en cuestión, lo obliga a usar su influencia para disuadir a los demás Estados y los agentes no estatales de cometerlos y obliga a cooperar con otros Estados a tal fin.

48. En cuanto al proyecto de artículo 2, casi todos los miembros que han formulado observaciones al respecto han coincidido en la necesidad de una definición de ese tipo, con la única excepción del Sr. Murase. Además, prácticamente todos los miembros que se han referido a esa cuestión han estado de acuerdo en que el proyecto de artículo 2 retomaba con acierto el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma y que no sería prudente reabrir el debate que culminó en la definición contenida en él. Así lo señalaron la Sra. Escobar Hernández, los Sres. Hmoud, Forteau, Nolte, Caflisch, Valencia-Ospina, Wisnumurti, Šturma, Niehaus, Kolodkin, Petrič, Kamto, Singh y Vázquez-Bermúdez, y Sir Michael Wood. Algunos miembros han dicho que la Comisión no debería sentirse prisionera del artículo 7 del Estatuto de Roma y que podría considerar la posibilidad de mejorar la definición que figura en ese proyecto de artículo. No obstante, según la opinión predominante —que el Relator Especial comparte—, no hay que hacer nada a ese respecto.

49. El Sr. Park ha sido el primero en plantear la posibilidad de añadir al proyecto de artículo 2 una disposición para la cual el Sr. Forteau propuso el texto siguiente: «El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional». Esa formulación, basada en el artículo 1, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se ha retomado de manera más o menos literal en varios tratados de derechos humanos y en el Estatuto de Roma. A veces denominada «cláusula de salvaguardia», expresa la idea fundamental de que la definición que figura en el instrumento no afecta a ninguna definición «más amplia» que pueda establecerse en otros instrumentos internacionales o en la legislación nacional. Por tanto, la definición convencional supone una base mínima para los Estados, no un techo, y en este caso los Estados pueden aprobar una ley nacional que contenga una definición más amplia de crímenes de lesa humanidad. Esa propuesta del Sr. Forteau fue apoyada por los Sres. Hmoud, Caflisch, Saboia, McRae, Petrič, Hassouna y Wako, y Sir Michael Wood, pero no por los Sres. Kolodkin y Singh; el primero de ellos temía que una disposición de esa naturaleza llevara a los Estados a añadir a la definición de crímenes de lesa humanidad nuevos elementos que no fueran apropiados, y que autorizarlo perjudicara a la cooperación interestatal. El Relator Especial dice comprender la preocupación del Sr. Kolodkin, pero considera que, en definitiva, una cláusula de salvaguardia de esa naturaleza es una forma adecuada de reconocer que los Estados pueden tener leyes que establezcan normas más amplias que las que figuran en la definición adoptada por la Comisión o podrían elaborar normas más amplias con el tiempo. Así pues, tiene la intención de proponer al Comité de Redacción que incluya una cláusula de ese tipo en el proyecto de artículo 2. En cuanto a la propuesta del Sr. Nolte, apoyada por el Sr. Wako, de incluir también una disposición en la que se inste a los Estados a tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, el Relator Especial señala que, como Sir Michael Wood, está de acuerdo en general con el propósito subyacente a esa propuesta, pero prefiere, como el Sr. McRae, que tal cuestión se aborde en el comentario correspondiente, una solución que entiende será aceptable para el Sr. Nolte.

50. Con respecto al comentario del proyecto de artículos, el Relator Especial coincide con la Sra. Escobar Hernández y el Sr. Saboia en que hay que evitar hablar de tortura «instigada por los Estados». En respuesta al Sr. McRae, señala que, cuando emplea la expresión «regímenes convencionales» en el informe, probablemente habría que interpretarla como «tratados», aunque admite ser un seguidor de la obra de Stephen Krasner. En cualquier caso, se ha tomado debida nota de todos esos puntos, que serán tenidos en cuenta al redactar el comentario. Sir Michael Wood ha preguntado en qué medida se podrían incorporar al comentario las explicaciones detalladas que figuran en el primer informe. El primer informe contiene fundamentalmente información general que no está directamente relacionada con el proyecto de artículos y que, por tanto, no figurará en el comentario. La cuestión principal tal vez radique en determinar hasta qué punto debería incluirse el análisis de la jurisprudencia relativa a la definición de crímenes

de lesa humanidad en el comentario. Como ha señalado Sir Michael Wood, ese análisis es útil hoy en día, pero irá quedándose progresivamente obsoleto y, por tanto, puede llegar a resultar inútil a largo plazo. Ello dependerá en gran medida del grado en que la información en cuestión contribuya a indicar a los Estados el sentido de la definición cuando decidan utilizar o no el proyecto de artículos para elaborar una nueva convención, cuando decidan ratificar o no dicha convención y cuando adopten las medidas necesarias para darle efectividad en la legislación nacional. Si los Estados franquean esas etapas, algunas de las personas involucradas en el proceso probablemente no estarán familiarizadas con el sentido de la expresión «crímenes de lesa humanidad» y el análisis de la Comisión será útil en esos casos. Por consiguiente, si un comentario detallado es útil a corto plazo para los Estados que atraviesen esas etapas, el Relator Especial lo considera oportuno. Por el contrario, si el comentario detallado resulta prescindible, entonces no lo considera pertinente. En ese sentido, la idea de Sir Michael Wood de mantener un comentario detallado para la primera lectura y replantearse la cuestión en la segunda lectura le parece atractiva. Entretanto, los Estados tal vez podrían indicar a la Comisión si un comentario detallado de ese tipo les resulta útil.

51. Los Sres. Hmoud y Hassouna han formulado varias propuestas con respecto a cuestiones que podrían abordarse en el comentario, que el orador les agradece. Al mismo tiempo, el Relator Especial hace hincapié en que el análisis del sentido de los diversos términos empleados en el artículo 7 del Estatuto de Roma solo pretende reseñar brevemente la manera en que los tribunales internacionales, en especial la Corte Penal Internacional, los han interpretado hasta el momento. No entra en cuestiones controvertidas y evita «congelar» el derecho enunciando conclusiones definitivas.

52. En cuanto al futuro programa de trabajo, varios miembros han formulado propuestas sobre las cuestiones que el Relator Especial podría examinar en sus futuros informes, incluida la obligación *aut dedere aut iudicare*, la cuestión de si la obligación de enjuiciamiento puede satisfacerse mediante tribunales militares o el recurso al derecho militar (Sr. Nolte), la asistencia judicial recíproca (Sres. Hmoud y Tladi), el trato justo del acusado (Sr. Petrič), el trato de los refugiados sospechosos de haber cometido crímenes de lesa humanidad (Sres. Forteau y Vázquez-Bermúdez), la relación entre los derechos establecidos en la futura convención y los establecidos en otros instrumentos, incluido el Estatuto de Roma (Sr. Park), los mecanismos de cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales (Sr. Park), los derechos de las víctimas y los testigos, incluidas las medidas de reparación (Sres. Park y Šturma), la determinación de si la futura convención será aplicable a los crímenes cometidos antes de su entrada en vigor (Sr. Park), la doble incriminación (Sres. Murase y Forteau), la prescripción (Sr. Petrič), la formación y la capacitación de los funcionarios públicos (Sr. Valencia-Ospina), la cuestión de si las amnistías o las inmunidades deben autorizarse (Sres. Park, Valencia-Ospina, Saboia y McRae), la cuestión de si las reservas deben autorizarse (Sres. Gómez Robledo y Saboia) y la solución de controversias (Sres. Park y Vázquez-Bermúdez).

53. Constatando que varios miembros han expresado su interés en el tema de la jurisdicción universal, el Relator Especial señala que no tiene previsto proponer un proyecto de artículo sobre los tipos de jurisdicción que un Estado debe poder ejercer para adherirse a una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. No se propone realizar un estudio en profundidad de la jurisdicción universal, ni analizar el enfoque adoptado en relación con la jurisdicción en los tratados relativos a los delitos internacionales y transnacionales. No obstante, no duda que la Comisión debatirá a fondo esa cuestión en su debido momento.

54. El Sr. Nolte también ha preguntado qué grado de «ambición» tiene la Comisión en relación con el proyecto. Esa ambición puede ser mínima, de modo que el proyecto de artículos no exija gran cosa y sea, por tanto, más fácil de aceptar para los Estados. Por el contrario, podría ir mucho más lejos e imponer a los Estados obligaciones amplias, innovadoras y onerosas, lo que dificultaría su aceptación. En opinión del orador, la Comisión debería optar por un término medio y elaborar un proyecto de artículos útil, operativo y eficaz que sea bien acogido por los Estados y la sociedad civil porque ni está vacío de contenido ni es poco realista en sus aspiraciones. Dado que es difícil hablar de esa cuestión en abstracto, el Sr. Nolte ha propuesto organizar una consulta entre los miembros, y el Relator Especial, al que le parece una excelente idea, tiene previsto organizar en julio una reunión oficiosa en la que todos los miembros interesados podrán debatir cuestiones susceptibles de abordarse en el proyecto de artículos.

55. Varios miembros también han formulado propuestas relativas al preámbulo del proyecto de artículos, por ejemplo, a fin de que se indique que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens* o se subraye la importancia del Estatuto de Roma. El Relator Especial dice que tomará nota de las sugerencias formuladas a ese respecto a medida que vaya avanzando la labor con miras a proponer un preámbulo a tiempo para la primera lectura.

56. En cuanto al calendario propuesto, cuyos plazos le han instado a acortar los Sres. Kittichaisaree y Hassouna y Sir Michael Wood, el Relator Especial coincide en que sería muy conveniente ultimar la labor lo antes posible; de hecho, las observaciones de los Sres. Petrič y Niehaus sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos en el pasado recuerdan con gran dolor que no enfrentarse con firmeza a esos delitos puede tener consecuencias muy graves. Así pues, el Relator Especial tiene intención de llevar adelante la labor a buen ritmo, sin que la rapidez vaya en detrimento de la calidad. Para captar la atención de los Estados y, a largo plazo, contribuir eficazmente a poner fin a las atrocidades, el proyecto de artículos debe prepararse con esmero.

57. Para concluir, el Relator Especial dice que espera que, teniendo en cuenta las opiniones expresadas por los miembros, la Comisión remita al Comité de Redacción los dos proyectos de artículo que ha propuesto.

58. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por su resumen. Al no haber ninguna objeción, considera

que la Comisión desea remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

Así queda decidido.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

3259ª SESIÓN

Viernes 29 de mayo de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, 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.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[131] (A/CN.4/678, cap. II, secc. B[132], A/CN.4/683[133], A/CN.4/L.854[134])

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/683).

2. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que en su tercer informe se aborda el papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. El alcance del informe se limita a esos instrumentos; no abarca la interpretación de los tratados aprobados en una organización internacional ni los celebrados por organizaciones internacionales.

3. El artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 estipula que la Convención es aplicable a los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Al mismo tiempo, el artículo 5 sugiere, y la jurisprudencia confirma, que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también son tratados de un determinado tipo que puede ser necesario interpretar de una manera específica. En particular, se plantea la cuestión de las formas de comportamiento que pueden constituir una práctica ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de un instrumento constitutivo de una organización internacional.

4. La Corte Internacional de Justicia, otros órganos judiciales o cuasijudiciales y los Estados han reconocido que tres formas de comportamiento pueden ser pertinentes a ese respecto. Se trata de la práctica ulterior de las partes en instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales por la cual conste el acuerdo acerca de la interpretación de esos instrumentos; la práctica de los órganos de una organización internacional; y una combinación de la práctica de los órganos de una organización internacional y la práctica ulterior de las partes en el instrumento constitutivo de dicha organización.

5. En relación con la práctica ulterior por la cual consta el acuerdo entre los miembros de una organización, el Relator Especial señala que no solo esa práctica es pertinente. Otra práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional también puede ser pertinente para la interpretación de ese instrumento. Por ejemplo, esos instrumentos constitutivos a veces se aplican mediante práctica o acuerdos bilaterales o regionales ulteriores. Si bien esos tratados bilaterales se celebran únicamente entre un número limitado de partes en el instrumento constitutivo multilateral en cuestión y no son, por lo tanto, acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación correcta del propio instrumento constitutivo y, tomados en su conjunto, pueden ser pertinentes para la interpretación de ese tratado.

6. En algunos casos, la Corte Internacional de Justicia también ha tenido en cuenta la práctica de los órganos de una organización internacional al interpretar el instrumento constitutivo de esa organización, aparentemente sin referirse a la práctica o la aceptación de los miembros de la organización. En particular, la Corte ha señalado en relación con las organizaciones internacionales que su propia práctica puede merecer especial atención en el proceso de interpretación. Así pues, la práctica de los órganos en la aplicación de un instrumento constitutivo debe, como mínimo, concebirse como otra práctica ulterior a tenor del artículo 32.

7. La tercera posibilidad es tener en cuenta una combinación de la práctica de los órganos de la organización y la práctica ulterior de las partes, en particular su aceptación de la práctica de los órganos. Por ejemplo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, la Corte Internacional de Justicia interpretó la expresión «votos afirmativos» del Artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de que incluía las abstenciones, basándose principalmente en la práctica del órgano competente, sumada al hecho de que ulteriormente dicha práctica era generalmente aceptada por los

---

[131] En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 a 5 y los comentarios correspondientes, *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párrs. 38 y 39. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 6 a 10 y los comentarios correspondientes, *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 116 y ss., párrs. 75 y 76.

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

[133] Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).

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

Estados Miembros. En esa causa, la Corte hizo hincapié tanto en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la aceptación general por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una práctica general de la organización.

8. La interpretación de los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también puede verse afectada por los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*. Cabe distinguir dos formas básicas de acuerdos ulteriores relativos a la interpretación de instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales: los acuerdos autónomos entre las partes y los acuerdos entre las partes en forma de decisión de un órgano plenario de una organización internacional. Son poco comunes los acuerdos autónomos entre las partes relativos a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Si bien las partes actúan en su mayoría como miembros en el marco del órgano plenario, cuando se plantean cuestiones de interpretación con respecto a tales instrumentos a veces actúan en calidad de partes. Pueden encontrarse ejemplos de ello en la práctica de la Unión Europea. Las decisiones y recomendaciones de los órganos plenarios de organizaciones internacionales acerca de la interpretación o la aplicación de una disposición convencional también pueden, en determinadas circunstancias excepcionales, reflejar un acuerdo ulterior entre las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, siempre que esos actos representen un acuerdo de las propias partes en el instrumento constitutivo.

9. Además de examinar la jurisprudencia pertinente, el informe también estudia las posiciones de especialistas destacados. Se han expresado distintas opiniones en cuanto a si los diversos usos por los tribunales internacionales de la práctica en la aplicación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como medio de interpretación simplemente representan diferentes manifestaciones de los artículos 31 y 32 como normas básicas de interpretación de los tratados, o si tales usos también reflejan una regla de interpretación especial o adicional que se aplica a esos instrumentos constitutivos. No obstante, si se examinan más detenidamente, esas opiniones no parecen diferir en el fondo, sino más bien en cuanto a si consideran la propia práctica de una organización internacional como pertinente con arreglo a los artículos 31, párrafo 3 *b*, y 32 o como un fundamento independiente. En última instancia, los órganos judiciales y los especialistas parecen coincidir en que la propia práctica de una organización internacional suele desempeñar un papel específico en la interpretación de los instrumentos constitutivos conforme a las normas pertinentes de la Convención de Viena de 1969. Las diferentes explicaciones de la posible pertinencia de la propia práctica de una organización internacional permanecen en última instancia en el marco de las normas de interpretación que figuran en la Convención. Esas normas permiten no solo tener en cuenta la práctica de una organización que las partes mismas confirman por su propia práctica, sino también examinar la práctica de los órganos como pertinente para la correcta determinación del objeto y el fin del tratado, o como ejemplo de otra práctica en la aplicación del tratado de conformidad con el artículo 32. La labor anterior de la Comisión está en consonancia con ese enfoque amplio previsto en las normas sobre interpretación de la Convención de Viena de 1969.

10. La práctica establecida de la organización también es un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. El artículo 2, párrafo 1 *j*, de la Convención de Viena de 1986 y el artículo 2 *b* de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[135] incluso citan la «práctica establecida» de la organización como una «regla de la organización». Esa designación implica que esa práctica puede servir de medio de interpretación del instrumento constitutivo.

11. Los analistas han sostenido que el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 refleja el derecho consuetudinario. No obstante, a los efectos del presente tema no es necesario determinar con precisión el carácter consuetudinario del artículo 5. Basta decir que, por lo general, se reconoce que las normas de la Convención de Viena de 1969 relativas a la interpretación de los tratados son aplicables a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, aunque siempre sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización. La norma que se formula en el artículo 5 es suficientemente flexible para dar cabida a todos los casos imaginables. Si se entiende en ese sentido amplio y flexible, es evidente que el artículo 5 refleja el derecho internacional consuetudinario.

12. En conclusión, el Relator Especial propone que la Comisión remita al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 11, que figura en el párrafo 86 del tercer informe, con miras a su aprobación provisional por la Comisión.

13. El Sr. FORTEAU dice que la cuestión central del tercer informe es si la práctica de los órganos de las organizaciones internacionales en la aplicación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales simplemente representa diferentes manifestaciones de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, o si esa práctica refleja también una norma de interpretación especial o adicional que se aplica a esos instrumentos constitutivos. Antes de dar su opinión sobre las soluciones a esa cuestión que el Relator Especial propone en el proyecto de conclusión 11, el orador desea señalar varios elementos que requieren una aclaración.

14. En primer lugar, el orador no comprende por qué el Relator Especial afirma en el párrafo 12 de su informe que este no se refiere a la interpretación de los tratados celebrados por organizaciones internacionales. Esa afirmación se contradice con los párrafos 63 a 66 del propio informe, en que el Relator Especial examina elementos de la práctica de la OMC. Los acuerdos constitutivos de la OMC no están abarcados por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, sino por la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales

[135] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 63er período de sesiones en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

o entre Organizaciones Internacionales, habida cuenta de que una de las partes en los acuerdos, a saber, la Unión Europea, es una organización internacional. Los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes ya aprobados por la Comisión hacen abundante referencia a la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y a la práctica relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, es decir, a tratados celebrados no solo entre Estados, sino también entre Estados y una organización internacional. Por tanto, debe indicarse expresamente que los presentes proyectos de conclusión no se limitan a los tratados celebrados exclusivamente entre Estados.

15. En segundo lugar, el Relator Especial parece exagerar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y su enfoque de la interpretación de los tratados. En los párrafos 28 y 57 de su tercer informe, afirma que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene en cuenta la práctica ulterior de las partes o los órganos de la Unión para interpretar los tratados constitutivos de la Unión Europea. Esa afirmación no es del todo acertada por dos razones. La primera es que la jurisprudencia que cita el Relator Especial, por ejemplo en los párrafos 59 y 60, se refiere únicamente a la práctica de los órganos de la Unión Europea, y no a la práctica de los Estados miembros que actúan como intérpretes de los tratados constitutivos de la Unión Europea. La segunda razón es que la jurisprudencia solo implica que la práctica de los órganos de la Unión Europea no puede utilizarse como base para modificar los tratados, ir en contra de ellos o crear un precedente vinculante. El orador no está seguro de que se pueda deducir que prohíbe tener en cuenta la práctica de esos órganos a los efectos de la interpretación. En ese sentido en particular, es importante no confundir la práctica que tiene por efecto la modificación de un tratado con la práctica que sirve para interpretarlo. Convendría estudiar en mayor profundidad la jurisprudencia de la Unión Europea a ese respecto, ya que, en opinión del orador, es más matizada de lo que parece indicarse.

16. En tercer lugar, algunos de los ejemplos que aporta el Relator Especial no parecen guardar relación con la cuestión de la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la práctica seguida en la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), descrita en los párrafos 39 a 41, parece referirse al derecho sustantivo de la organización y no a su derecho institucional. Además, es difícil comprender cómo el Acuerdo de 1994 relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, citado en el párrafo 42 del informe, puede considerarse una práctica pertinente para interpretar esa Convención. ¿Acaso no es en realidad un acuerdo complementario, más que un acuerdo interpretativo? El ejemplo dado en el párrafo 50 sobre la OMI tampoco parece pertinente para el tema, en la medida en que se refiere a la práctica de una organización en relación con otra organización. Asimismo, no está claro qué conclusiones desea sacar el Relator Especial del ejemplo de la práctica administrativa que se cita en la nota al final del párrafo 50. Por último, el orador no acierta a comprender cómo la decisión de admitir a la República Árabe Unida como miembro de la OACI, a la que se hace referencia en el ejemplo dado en el párrafo 55, tiene un efecto interpretativo sobre el instrumento constitutivo de esa organización internacional.

17. La clasificación de las tres formas de comportamiento descritas en el párrafo 31 del informe puede servir de modelo útil para organizar las normas correspondientes a ese comportamiento y puede ampliarse para incluir los acuerdos ulteriores. El proyecto de conclusión 11 debe reestructurarse sobre la base de esa clasificación, y cada uno de los tres párrafos resultantes debe contener la indicación de que la norma propuesta es válida «sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización».

18. El primer párrafo del proyecto de conclusión 11 reformulado podría incorporar el párrafo 1 en su versión actual, pero incluir también, a fin de evitar toda ambigüedad, una indicación explícita de que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en cuestión son los «de las partes en el instrumento constitutivo». El segundo párrafo reformulado debería indicar que esos acuerdos ulteriores o esa práctica ulterior son los «de las partes en el tratado» y pueden manifestarse a través de la práctica o el comportamiento de los órganos de una organización internacional. El Relator Especial ha dividido esa idea en los párrafos 2 y 4 actuales, pero el orador no está convencido de la necesidad de la distinción: sería preferible combinar ambos en un párrafo, y ello por dos motivos.

19. En primer lugar, el orador no está convencido de que el término «práctica establecida» que figura en el párrafo 4 se haya utilizado realmente en la jurisprudencia para designar la práctica interpretativa en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. En cualquier caso, no es eso lo que se desprende de los párrafos 81 y 82 del informe. Por el contrario, el concepto de «práctica establecida» se ha concebido para describir la práctica como fuente independiente del derecho secundario de una organización, y por tanto como fuente de derecho, no como medio de interpretación. En segundo lugar, el párrafo 2 propuesto por el Relator Especial no es suficientemente explícito con respecto a las condiciones en que la práctica de una organización internacional puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en un tratado. En particular, el orador lamenta que la expresión bastante adecuada «práctica general de la organización» o «práctica generalmente aceptada», que se explica claramente en los párrafos 52 a 55 del informe, no se haya incluido en el proyecto de conclusión 11. Se trata de un concepto esencial que permite distinguir entre la práctica de una organización que refleja un acuerdo o práctica de las partes en el tratado y la práctica de una organización que solo refleja su propia voluntad.

20. Sobre esa base, el orador recomienda que el segundo párrafo del proyecto de conclusión reformulado establezca que la práctica de una organización refleja el acuerdo ulterior de las partes en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 en la medida en que se trata de una práctica «generalmente aceptada». Esa es la formulación utilizada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1971 sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, citada en el

párrafo 52 del informe. El segundo párrafo reformulado complementaría el primero al indicar las condiciones en que la práctica de una organización puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior que se considere atribuible a las partes en un tratado.

21. La última cuestión parece deducirse claramente del argumento del Relator Especial en los párrafos 64 y 66 de su informe en el sentido de que una recomendación normativa meramente exhortatoria o incluso un instrumento exhortatorio, y no dispositivo, de una organización no puede considerarse un acuerdo en el sentido del artículo 31. El hecho de que el Relator Especial haya llegado a esa conclusión al examinar la jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC confirma la propia afirmación del orador de que un acuerdo no vinculante no puede ser un acuerdo en el sentido del artículo 31. En ese sentido, el orador sigue considerando poco afortunada la formulación del párrafo 1 del proyecto de conclusión 9, aprobada por la Comisión en su 66º período de sesiones[136]. Permite que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, revista, por ejemplo, la forma de un acuerdo puramente político. A juicio del orador, el actual análisis del Relator Especial de la práctica del Órgano de Solución de Diferencias lleva a una conclusión diferente: un acuerdo en el sentido del artículo 31 es necesariamente un acuerdo vinculante.

22. Queda la cuestión del tercer párrafo del proyecto de artículo 11 reformulado: ¿qué se debe hacer con la práctica de una organización que no haya sido generalmente aceptada por todas las partes en su instrumento constitutivo? El Relator Especial ha adoptado una posición bastante imprecisa a ese respecto: en los párrafos 49 y 51 de su informe indica que esa práctica está comprendida en el ámbito del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, pero que su efecto interpretativo podría «probablemente ir más allá» del artículo 32.

23. Ese razonamiento plantea dos problemas. En primer lugar, relegar a esa práctica al artículo 32 es sin duda demasiado simplista. Los medios de interpretación complementarios del artículo 32 se utilizan exclusivamente para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31. En efecto, existen motivos para creer que el efecto interpretativo de esa práctica tiene un alcance algo mayor que el previsto en el artículo 32.

24. Sin embargo, ello a su vez plantea el segundo problema, el de qué disposición debe abarcar el efecto interpretativo potencialmente mayor de esa práctica. El Relator Especial no cita ninguna disposición específica, y es difícil considerar que el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, sea aplicable. Tal vez puede considerarse un medio de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *c*, ya que la práctica de una organización puede equipararse con una norma de la organización siempre que esté bien establecida. En consecuencia, en el tercer párrafo reformulado se podría afirmar que una práctica bien establecida de una organización puede constituir una norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *c*, y a continuación especificar que toda práctica que no sea una práctica bien establecida puede constituir una práctica en el sentido del artículo 32.

25. Lo que antecede tendrá un claro efecto de gradación del efecto interpretativo: el párrafo 1 reformulado se referirá a la práctica ulterior o los acuerdos ulteriores de las propias partes; el párrafo 2 reformulado indicará que una práctica generalmente aceptada de una organización refleja un acuerdo ulterior de las partes; y el párrafo 3 reformulado indicará que una práctica bien establecida de una organización puede estar comprendida en el ámbito del artículo 31, párrafo 3 *c*, y que cualquier otra práctica de la organización puede estar comprendida en el ámbito del artículo 32.

26. También sería útil que el título del proyecto de conclusión fuera más específico para no dar la impresión de que se refiere a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como manifestación de acuerdos ulteriores o práctica ulterior. El título debe ser: «La interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales» [«*Interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales*»].

27. Para concluir, el orador observa que el Relator Especial afirma en el párrafo 76 de su informe que el proyecto de conclusión 5, aprobado por la Comisión en su 65º período de sesiones[137], no implica que la práctica de los órganos de organizaciones internacionales, como tales, no pueda servir de práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, según su propia interpretación, el proyecto de conclusión 5 excluye claramente la práctica de las organizaciones internacionales. Establece que todo comportamiento que no sea de las partes en el tratado no constituye práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 5 se debe modificar indicando, al principio del párrafo 2, que dicho párrafo se entiende sin perjuicio de la conclusión 11. El orador está a favor de que se remita el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

28. El Sr. KITTICHAISAREE dice que le desconcierta el párrafo 50 del tercer informe, en el que se afirma que la práctica del órgano de una organización internacional puede contribuir a la interpretación del instrumento constitutivo de otra, pero se da un ejemplo que se refiere únicamente a la OMI. ¿Cuál es la otra organización internacional? En relación con el argumento del Sr. Forteau de que la práctica institucional de los órganos de la Unión Europea no constituye necesariamente la práctica de los propios Estados miembros, el orador desea saber el nombre de la organización que tiene la «práctica administrativa» mencionada en la nota al final del párrafo 50.

29. El Sr. HMOUD dice que el Relator Especial ha adoptado el enfoque adecuado para la estructura del informe y las consideraciones sobre el proyecto de conclusión 11. Ha proporcionado abundante documentación sobre los medios de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales y sobre el papel de los acuerdos ulteriores y la práctica

[136] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 133.

[137] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 37.

ulterior a ese respecto pero, como la documentación tiende a centrarse en aspectos específicos, los resultados son matizados. Una dificultad es el carácter dual de los instrumentos constitutivos que, además de ser acuerdos entre Estados, también tienen un carácter constitucional, al establecer el ordenamiento jurídico interno de las organizaciones. Además, la diversidad de las distintas organizaciones y sus instrumentos constitutivos dificulta el logro de resultados uniformes en cuanto a los elementos y medios de interpretación que distinguen la interpretación de los instrumentos constitutivos de la de otros tratados. Al interpretar los instrumentos constitutivos, los tribunales han abordado la práctica de las organizaciones o sus órganos de diferentes maneras, dando distinto peso a la práctica pertinente después de examinar una serie de factores relacionados con la práctica, como su coherencia, generalidad y oponibilidad entre los Estados miembros de la organización (o las partes en el instrumento constitutivo), así como el grado de autonomía de las organizaciones en cuestión. A pesar de esas dificultades, el tercer informe contiene orientaciones útiles para los Estados y los profesionales sobre el proceso de interpretación de los instrumentos constitutivos y la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en ese sentido.

30. En cuanto a las observaciones específicas del orador sobre el informe, conviene en que el alcance debe limitarse a la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los instrumentos constitutivos. No obstante, una cuestión que se debía haber examinado es el peso atribuido a la práctica divergente de los órganos de las organizaciones, que impide que la práctica quede establecida y desempeñe un papel clave en la interpretación. El valor de la práctica que no está bien establecida está directamente relacionado con el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 e influirá en la evaluación que haga la Comisión de ese párrafo, y posiblemente también del párrafo 2.

31. Una cuestión que debe quedar fuera del alcance del tema es la de las decisiones de los órganos judiciales encargados de la interpretación por los instrumentos constitutivos, aunque los pronunciamientos de esos órganos pueden considerarse como práctica de los órganos a los efectos de la interpretación de los instrumentos constitutivos. La cuestión es si existe una práctica más allá de la función especial de ese órgano que pueda ser pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo, y si hay casos en que la interpretación autorizada puede quedar invalidada por la práctica ulterior de otros órganos o Estados partes o por un acuerdo de esas partes acerca de la interpretación. En el informe se aborda esa cuestión al examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, pero podría ser útil proporcionar más explicaciones en los comentarios.

32. En el párrafo 19 del informe se señalan las principales cuestiones que es necesario abordar, pero es preciso analizar con mayor detenimiento el comportamiento de los Estados miembros de las organizaciones internacionales y los efectos de los acuerdos ulteriores de los Estados sobre la interpretación de sus instrumentos constitutivos, así como la relación entre la práctica ulterior de los Estados partes y de los órganos.

33. La expresión «sin perjuicio de» que figura en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 refleja la flexibilidad existente en la relación entre las normas de la Convención y las normas de la organización. No es que las normas de las organizaciones internacionales prevalezcan sobre las normas de interpretación de los artículos 31 y 32, sino que se trata de un proceso de equilibrio que tiene en cuenta el carácter de los instrumentos constitutivos como tratados y como marcos institucionales. Esa flexibilidad también implica preservar la prerrogativa de los Estados miembros en la interpretación de los instrumentos constitutivos, aunque sin atentar contra la autonomía de la organización ni el cumplimiento de sus funciones. Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por los Estados miembros (o los Estados partes), así como su consentimiento al comportamiento de los órganos de las organizaciones internacionales, son factores esenciales para la interpretación de un instrumento constitutivo siempre que ello sea conforme con las normas de la organización. Pero, ¿qué ocurre si las normas de la organización no permiten una interpretación basada en esos factores? En opinión del orador, ello depende del grado de autonomía que el instrumento constitutivo confiera a la organización, así como de la naturaleza de la disposición que debe interpretarse; si la disposición se refiere a las funciones y el desempeño de la organización, entonces las normas deben ser el factor determinante.

34. Ese enfoque flexible parece venir respaldado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, cuando explica que los instrumentos constitutivos son tratados multilaterales cuya interpretación se basa en las normas generales, pero que tienen en cuenta ciertos elementos, como la práctica de la organización. No obstante, la cuestión es qué práctica debe tenerse en cuenta, y si se considera una práctica ulterior pertinente a efectos de los artículos 31 o 32 de la Convención de Viena de 1969, o se trata de una práctica establecida que forma parte de las normas de la organización. La distinción entre las diferentes formas de práctica influirá directamente en las conclusiones a que se debe llegar con respecto a la interpretación de los instrumentos constitutivos. Si bien el orador considera que la conclusión a que se llega en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 11 es correcta, destaca que, cuando la práctica es controvertida o inestable, no puede considerarse como práctica establecida de la organización. En otras palabras, si los Estados miembros pueden oponerse a la práctica o esta es divergente entre los diversos órganos competentes, no debe considerarse práctica establecida.

35. En lo que respecta a la práctica de un órgano de una organización internacional y a su valor como medio de interpretación, el orador considera que esa práctica, establecida o no, puede ser un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, queda la cuestión del valor de esa práctica en la interpretación de los instrumentos constitutivos más allá del artículo 32 de la Convención. Algunos de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia pueden interpretarse como una indicación de que la práctica de un órgano es un medio para la interpretación del instrumento constitutivo. No

obstante, la suposición de que esa práctica es un medio de interpretación separado no se puede fundamentar. Puede ser un elemento de la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 2 *b*, de la Convención, o un medio complementario en el sentido del artículo 32. Por consiguiente, el orador suscribe la afirmación que figura en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 de que el comportamiento del órgano de una organización internacional en la aplicación del instrumento constitutivo de la organización puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 31, párrafo 3 *b*, o del artículo 32 de la Convención, aunque cuestiona la conveniencia de atribuir ningún peso adicional a la práctica del órgano, lo cual puede inferirse del párrafo 3 del proyecto de conclusión.

36. En lo que respecta a la práctica general de la organización, el orador se pregunta si los proyectos de conclusión pueden incluir una referencia a la práctica general como factor que debe tenerse en cuenta en la interpretación. En cuanto a lo que en el informe se describe como una combinación de la práctica de los órganos de la organización y la práctica ulteriormente seguida por las partes, plantea dos cuestiones distintas, pero relacionadas entre sí: en primer lugar, la práctica combinada puede ser una práctica general que puede considerarse como tal como medio de interpretación del elemento constitutivo; en segundo lugar, la aceptación por los miembros de la organización de la práctica de sus órganos puede, según las circunstancias, constituir un acuerdo de los Estados partes y considerarse práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969.

37. En relación con la cuestión de los acuerdos ulteriores de las partes como medios de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, el orador dice que lo esencial es establecer un equilibrio entre la existencia de un acuerdo de ese tipo y las normas de la organización, incluida la práctica establecida. Es preciso analizar detenidamente si el acuerdo es compatible con la práctica establecida y si los Estados actúan en calidad de miembros de la organización o como Estados partes en el instrumento constitutivo. La práctica no puede considerarse establecida en relación con la interpretación de un instrumento constitutivo si existe cualquier grado de oposición a esta por los Estados partes: esa oposición dará más peso a un acuerdo ulterior de las partes como medio auténtico de interpretación. Además, si bien el valor de las decisiones de los órganos plenarios en la interpretación de los instrumentos constitutivos varía en función de la organización, cabe suponer que esas decisiones pueden ser medios auténticos de interpretación con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena de 1969. El factor clave es si por esas decisiones consta el acuerdo de todas las partes y si el acuerdo es explícito o tácito. También es importante si el Estado está actuando en calidad de miembro de la organización o como parte en el instrumento, aunque la diferencia en ese contexto puede ser más aparente que real.

38. Sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el orador está de acuerdo en que la «propia práctica» de una organización internacional puede desempeñar distintas funciones en la interpretación de los instrumentos constitutivos: como medio de interpretación complementario o como práctica establecida y, por ende, factor clave de la interpretación. No obstante, la función de la «propia práctica» de la organización internacional fuera de esas categorías debe fundamentarse.

39. En conclusión, el orador recomienda que el proyecto de conclusión 2 se remita al Comité de Redacción.

40. El Sr. TLADI dice que, si bien el tercer informe del Relator Especial es bueno, él mismo no está seguro de la necesidad de examinar la cuestión que trata de abordar. Teme que, al hacerlo, la Comisión pueda estar creando derecho, que es precisamente lo que convino en no hacer. Al tratar de no limitarse a reiterar las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, la Comisión ya ha ido más allá del derecho vigente. Algunos de los proyectos de conclusión ya aprobados parecen elevar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a un rango igual (o superior) al del texto, el contexto, el objeto y el fin de un tratado.

41. Las cuestiones que se abordan en el tercer informe giran en torno al artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 que, según se indica en el párrafo 22 del informe, tiene por objeto recalcar que la norma general según la cual todos los tratados entre Estados están sujetos a las normas de la Convención se aplica también a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. La Comisión pisaría terreno peligroso si atribuyera un significado adicional al artículo 5 que, a juicio del orador, solo dice dos cosas: la Convención de Viena de 1969 se aplica a los tratados constitutivos, y lo hace sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización. A menos que las normas de la organización indiquen otra cosa, el artículo 31 y el artículo 32, según proceda, deben aplicarse en el contexto de la interpretación de los tratados. Por lo tanto, en opinión del orador, no hay nada «especial» en la práctica de las organizaciones internacionales. Es posible que se atribuya un peso particular a la práctica de las organizaciones internacionales en razón del texto, el contexto y el objeto y fin del tratado, pero no porque el tratado sea un tratado constitutivo.

42. En su tercer informe, el Relator Especial aporta abundante jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia para aclarar las cuestiones relacionadas con el tema. En particular, hay dos cuestiones dignas de mención en la jurisprudencia citada en los párrafos 24 a 26. La Corte no parece haber abordado la naturaleza constitutiva de la Carta de las Naciones Unidas: todos los factores concretos que cita se basan en el texto, el contexto y el objeto y fin de la Carta. En otras palabras, toda justificación para aplicar las normas de interpretación de un modo algo diferente deberá deducirse del texto, el contexto y el objeto y fin de un instrumento, y no del hecho de que sea un tratado constitutivo.

43. En relación con esta cuestión, cuando los tribunales sí tienen en cuenta la práctica de las organizaciones internacionales, muy a menudo esta refleja la práctica de los Estados partes en el instrumento constitutivo, por lo que queda comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. Las decisiones de los órganos que son generalmente

aceptadas dan lugar a una práctica de las partes por la que consta el acuerdo de estas acerca de su interpretación. Un ejemplo de ello es la opinión consultiva a que se hace referencia en los párrafos 52 y 78, en la que los miembros de la Asamblea General parecen haber aceptado una práctica de los miembros del Consejo de Seguridad. No hay ninguna razón por la que eso no pueda describirse como una forma de práctica de las partes. Un ejemplo similar es la opinión consultiva citada en el párrafo 43 del informe. El orador coincide con el Sr. Hmoud en que la distinción entre los miembros de un órgano y el propio órgano es posiblemente más aparente que real.

44. En los casos en que la práctica no refleja un acuerdo —por ejemplo, porque algunos Estados se han opuesto a ella—, resulta pertinente como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. En la mayoría de los fallos mencionados por el Relator Especial, la Corte Internacional de Justicia no se refiere de manera específica al artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, de la Convención. Dicho de otro modo, claramente tiene cuidado de no sugerir que las prácticas en cuestión pueden considerarse una práctica ulterior en el sentido de esas disposiciones, y cabe suponer que sus efectos no son los mismos que los de la práctica ulterior. Esto debe tenerse en cuenta para no hacer suponer, al elaborar el proyecto de conclusión 11, que se aplicaban normas distintas a la interpretación de los tratados constitutivos debido a su carácter constitutivo. En lo que respecta al texto del proyecto de conclusión, el orador se pregunta por la diferencia entre el comportamiento de un órgano y la práctica establecida o general de una organización internacional.

45. El orador discrepa del Sr. Forteau en que la práctica de una organización internacional que no refleja el acuerdo de las partes puede estar comprendida en el ámbito del artículo 31, párrafo 3 *c*, de la Convención de Viena de 1969: es dudoso que la práctica de una organización internacional pueda considerarse una norma de derecho internacional aplicable entre las partes.

46. El orador está a favor de remitir el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción, en el entendimiento de que debe reflejar con precisión las disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

47. El Sr. PARK dice que el tercer informe del Relator Especial contribuirá al desarrollo del derecho de los tratados, especialmente en lo que respecta a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En términos generales, está de acuerdo con el Relator Especial en que el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 confirma la aplicabilidad de los artículos 31 y 32 a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización. La definición de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior incluida en el proyecto de conclusión 4, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones[138], distingue claramente tres medios distintos de interpretación de los tratados. No obstante, hay cierta incoherencia en la forma en que el Relator Especial los aplica a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Por ejemplo, en un caso se considera que una resolución de la Asamblea General es un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, mientras que otra resolución de la Asamblea General se clasifica como práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o el artículo 32. Puede observarse la misma discrepancia en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11.

48. La delimitación del alcance del tercer informe en los párrafos 13 a 18 parece algo artificial. En el párrafo 13, el Relator Especial dice que el informe no se ocupa de la interpretación de las decisiones de los órganos de organizaciones internacionales, pero en el párrafo 15 manifiesta que deben considerarse los efectos de esas decisiones. No obstante, ¿cómo puede el acto de interpretación separarse de sus efectos? Desde la década de 1990, por ejemplo, el Consejo de Seguridad ha evolucionado hacia una interpretación de «amenaza para la paz» más amplia que en el pasado. Esto constituye un acto de interpretación de la Carta por un órgano interno de las Naciones Unidas y puede considerarse una práctica ulterior. Del mismo modo, los órganos de las organizaciones internacionales suelen adoptar decisiones o recomendaciones en virtud de su instrumento constitutivo, pero sería difícil determinar cuál de esos actos debe excluirse del alcance del tema o incluirse en él.

49. A pesar de las seguridades del Relator Especial en sentido contrario, el tercer informe parece abordar la cuestión de si la forma en que el órgano plenario de una organización internacional aprueba una resolución tiene alguna incidencia en el valor de la resolución con respecto a la interpretación del instrumento constitutivo de la organización. En el párrafo 18, el Relator Especial dice que el informe no se ocupa de las decisiones de las conferencias de Estados partes pero, en el párrafo 60, admite la dificultad de determinar si los Estados partes en el instrumento constitutivo de una organización actúan en calidad de tales o como miembros de un órgano plenario de la organización.

50. Las leves variaciones de terminología en relación con la práctica en los párrafos 27, 30, 50, 52, 53 y 79 hacen difícil seguir el razonamiento del informe. Estas variaciones pueden explicar por qué el Relator Especial establece una distinción insostenible entre las resoluciones de las organizaciones internacionales en distintos casos. En el párrafo 49 se califica una resolución de práctica ulterior, mientras que a otra se le niega esa condición en el párrafo 54. El Relator Especial debería haber explicado claramente por qué una determinada resolución o decisión de una organización internacional constituye una práctica ulterior o un acuerdo ulterior. Por ejemplo, ¿por qué las decisiones mencionadas en los párrafos 63 y 64 constituyen un acuerdo ulterior y no una práctica ulterior?

51. La clasificación de las formas de comportamiento a que se hace referencia en el párrafo 31 reviste gran importancia al determinar el valor de la práctica para la interpretación de los instrumentos constitutivos. Un criterio para evaluar el peso de los actos realizados en el marco de una organización internacional puede ser la posición de los Estados miembros al votar sobre una resolución o

[138] Ibíd., pág. 30.

la reacción, incluida la aceptación tácita o la oposición, de otros Estados sin derecho de voto. No puede considerarse que la práctica ulterior de la Organización Mundial de la Salud y la Comisión de la Cuenca del Lago Chad tengan el mismo valor, ya que la primera tiene 194 Estados miembros y la segunda solo 6. ¿Qué quiere decir el Relator Especial cuando habla de «probablemente ir más allá» en el párrafo 51? Asimismo, ¿qué significa «pertinente» en la penúltima frase del párrafo 73?

52. El orador apoya el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11 porque está en consonancia con la Convención de Viena de 1969. El párrafo 2 no menciona la clasificación de los tres tipos de comportamiento. El contenido de ese párrafo debe concretarse añadiendo algunos criterios inequívocos en el sentido que él acaba de sugerir. También sería necesario abordar en qué medida los actos de los órganos de organizaciones internacionales pueden considerarse acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, u otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32. En su versión actual, el párrafo 2 es demasiado vago para ofrecer orientación alguna. El párrafo 3, que simplemente parece señalar un principio general, debe modificarse con una aclaración del significado de «práctica pertinente». Habida cuenta de que la práctica establecida de una organización internacional está directamente relacionada con las «normas pertinentes» a que se hace referencia en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, sería lógico volver a formular el párrafo 4 e incorporarla en el párrafo 1.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

3260ª SESIÓN

Martes 2 de junio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Protección de la atmósfera (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. C, A/CN.4/681, A/CN.4/L.851)

[Tema 9 del programa]

Informe del Comité de Redacción

1. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) presenta el primer informe elaborado por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, relativo al tema de la protección de la atmósfera (A/CN.4/L.851). El documento contiene un preámbulo y tres proyectos de directriz. Tras los debates celebrados, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1, 2, 3 y 5, que figuran en el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681), pero no el proyecto de directriz 4, que se volverá a examinar en el próximo período de sesiones. El Relator Especial, haciendo gala del espíritu constructivo y la voluntad de cooperación que han marcado todas sus intervenciones, propuso modificaciones en relación con esos proyectos de directriz, así como con los proyectos de párrafo destinados al preámbulo, basándose en las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión.

2. El orador señala, en relación con el título del informe, que convendría corregir las versiones lingüísticas que se refieren a proyectos de «conclusión», pues se trata de proyectos de «directriz».

3. En cuanto al proyecto de directriz 1 (Términos empleados), aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, se entiende que las definiciones que figuran en él se establecen a los efectos del proyecto de directrices. La definición de atmósfera propuesta por el Relator Especial en el apartado *a* del proyecto de directriz 1 engloba un aspecto físico y un aspecto funcional; el propósito del segundo es destacar que la atmósfera es un medio dinámico, en el que se produce el transporte y la dispersión de sustancias degradantes. Ahora bien, ese segundo aspecto ha suscitado el debate en el Comité de Redacción acerca de cuáles son esas sustancias y qué se entiende por dispersión. Además, aunque se reconoció que actualmente el movimiento transcontinental de sustancias contaminantes es una de las principales preocupaciones relativas al medio ambiente atmosférico, algunos miembros temían, por una parte, que la inclusión de ese elemento limitara indebidamente la definición de atmósfera y, por otra parte, que llevara a pensar que el transporte y la dispersión de sustancias degradantes en la atmósfera eran, en determinados aspectos, deseables o, al menos, aceptables. Por consiguiente, se acordó eliminarlo. La cuestión de la necesidad de definir la atmósfera también volvió a plantearse, en especial porque algunos miembros consideraban que la definición concisa resultante de suprimir el elemento funcional era demasiado elemental, hasta el punto de dudar de su utilidad. Es cierto que en situaciones comparables, como la esfera del derecho del mar, no se ha definido. Sin embargo, los miembros del Comité de Redacción citaron otros ejemplos en los que la Comisión había considerado oportuno definir determinados términos, como «acuífero» en el contexto de su labor sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. Por ello, se decidió optar por una definición breve, centrada en la sustancia de la atmósfera, dejando a un lado los aspectos funcionales, que se abordarán más adelante, probablemente en el preámbulo.

4. Con respecto al apartado *b* del proyecto de directriz 1, se decidió mantener la expresión «contaminación atmosférica», en lugar de la expresión «contaminación del aire» que había propuesto el Relator Especial para respetar el marco del proyecto de directrices, que versa sobre la protección de la atmósfera. En general, los

[*] Reanudación de los trabajos de la 3249ª sesión.

miembros del Comité de Redacción señalaron que no era sencillo formular definiciones en esa etapa, sin haber decidido aún el contenido de las disposiciones sustanciales del proyecto de directrices. Les parecía difícil saber, por ejemplo, si la definición de contaminación atmosférica debía abarcar las formas de contaminación tanto natural como provocada por el hombre. Finalmente llegaron a la conclusión de que establecer una definición era posible y necesario, y de que el proyecto de directrices debía centrarse en las fuentes de contaminación causada «por el hombre», y esas palabras se insertaron en el texto del apartado *b*.

5. En los debates también se abordó en detalle si la definición de contaminación atmosférica debía limitarse a la contaminación transfronteriza, como en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, o si en el ámbito de aplicación de las directrices debía incluirse la contaminación atmosférica dentro de un Estado. Aunque se consideraba que dicha contaminación podía, sin duda, ser motivo de preocupación, algunos miembros hicieron hincapié en que el derecho internacional aún no se había ocupado de ese tema. Se propuso establecer un umbral de gravedad de la contaminación atmosférica dentro de un Estado, incorporando una referencia a los efectos o daños «sensibles», pero el Comité de Redacción no pudo encontrar una fórmula adecuada. Finalmente, se acordó limitar la definición a la contaminación cuyos efectos se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.

6. Con respecto a la definición de contaminación atmosférica, también se debatió la mención de la «energía», además de las «sustancias», como fuente de contaminación atmosférica. En efecto, algunos miembros señalaron que cabía interpretar que esa mención aludía a la energía nuclear, cuando ese tipo de energía podía clasificarse entre las menos contaminantes, en comparación con el carbón y el petróleo. Para otros, la energía, incluida la nuclear, formaba parte del ámbito de aplicación del proyecto de directrices. Algunos miembros temían que el proyecto adoleciera de una laguna importante si se excluía la energía, ya que se mencionaba en el artículo 1 *a* del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y el artículo 1, párrafo 1.4, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. También se propuso sustituir el término «energía» por la expresión «emisiones y liberaciones», que se utiliza en otros instrumentos internacionales, como el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, pero esa idea se desechó porque, en el proyecto actual, aún no se había decidido qué emisiones o liberaciones constituirían un ejemplo de contaminación atmosférica. Así pues, la definición establecida se limita a mencionar las «sustancias», en el entendimiento de que ese término se definirá en el comentario, que aclarará si incluye la energía u otros elementos, teniendo en cuenta que algunos miembros se opusieron enérgicamente a que la definición abarcara la energía nuclear. Por último, la expresión «que tengan» fue reemplazada por «que contribuyan a producir» para subrayar que la contaminación atmosférica se debe al efecto global y acumulativo de la emisión y la liberación de sustancias en la atmósfera.

7. Con respecto al apartado *c* del proyecto de directriz 1, que define la degradación de la atmósfera, se convino una vez más en que, si bien podía deberse a un fenómeno natural, como una erupción volcánica, el proyecto de directriz debía aplicarse únicamente a las alteraciones de la atmósfera, tanto directas como indirectas, causadas por el hombre. Para elaborar esa definición, también se decidió inspirarse en la estructura y la redacción aprobadas provisionalmente con respecto a la definición de contaminación atmosférica. No obstante, dado que la degradación de la atmósfera es un fenómeno global —y no transfronterizo—, el Comité de Redacción no consideró necesario limitar la definición a los efectos nocivos que se extienden más allá del Estado de origen. Ahora bien, puesto que la definición podría aplicarse a acciones que ocurren dentro de un Estado, se juzgó necesario establecer un umbral de aplicación adecuado. Así pues, insertó el término «significativos» después de la expresión «efectos nocivos», siguiendo el precedente marcado por el artículo 1, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

8. En relación con el proyecto de directriz 2 (Ámbito de aplicación de las directrices), se debatió si los proyectos de directriz debían establecer «principios básicos», como había propuesto el Relator Especial, y si el uso de esa expresión implicaba que las directrices enunciaban obligaciones jurídicas para los Estados. Se reconoció que el término «fundamentales» era innecesario e incluso podía provocar confusión. Algunos miembros señalaron que la expresión «principios rectores» reflejaba mejor el propósito de las directrices y sería útil incorporarla al párrafo 1 del proyecto de directriz 1, ya que el párrafo 2 excluía expresamente determinados principios del ámbito de aplicación de las directrices. Además, para hacer hincapié en que el proyecto de directrices no pretende ser exhaustivo, se ha optado por no insertar el determinante «los» antes de «principios rectores». Otros miembros del Comité de Redacción, temiendo que no se interpretara que el término «principios» tiene una connotación jurídica, consideraron que debía suprimirse, en especial porque podía dar la impresión equivocada de que los proyectos de directriz solo contenían «principios». Al no poder conciliar las divergencias de opinión a ese respecto, el párrafo 1 del proyecto de directriz 2 presenta entre corchetes dos formulaciones alternativas que reflejan ambos puntos de vista, así como una nota a pie de página, en la que se explica que dichas formulaciones volverán a examinarse en función del contenido final de los demás proyectos de directriz que se aprueben en los próximos años. Los demás párrafos del proyecto de directriz 2 se aprobaron sin grandes debates, pues se basaban en una propuesta del Relator Especial que retomaba parte del contenido del entendimiento de 2013 sobre el ámbito de aplicación del proyecto examinado[139]. En el párrafo 2, convendría añadir las palabras «y de tecnología» después de «transferencia de fondos» en algunas versiones lingüísticas.

9. La numeración de los proyectos de directriz que figura en el documento A/CN.4/L.851 se revisará en una etapa posterior. Con respecto al proyecto de directriz 5, apartado *a*, relativo a la cooperación internacional, los

[139] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 168.

debates se concentraron en determinar si la directriz debía redactarse de manera que impusiera a los Estados la obligación de cooperar o si debía emplearse una formulación menos vinculante. Algunos miembros consideraron que, en el ámbito del medio ambiente, las responsabilidades generales tendían a formularse en términos no vinculantes, utilizando el condicional («deberían»), como en el artículo 3, párrafo 5, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En cambio, algunas responsabilidades del Estado definidas con más precisión se formulaban de manera vinculante o en forma de obligación.

10. Para los miembros que deseaban evitar una disposición vinculante, la formulación elegida dependería del texto entre corchetes que se decidiera insertar en el proyecto de directriz 2, párrafo 1: si se optaba por indicar que las directrices contenían «principios», se inclinaban por adoptar un enfoque más restrictivo en el proyecto de directriz 5, párrafo *a*, a fin de no imponer ninguna obligación nueva para los Estados. En caso de que se eligiera otra formulación, se podría adoptar un enfoque más flexible en dicho párrafo.

11. En opinión de otros miembros, los Estados tenían un deber general de cooperación, derivado de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de 1970[140], lo que podía mencionarse al principio del párrafo, antes de añadir una frase que indicase con mayor precisión que los Estados «deberían» cooperar a fin de proteger la atmósfera. Esa interpretación de la Declaración no fue aceptada por otros miembros del Comité de Redacción.

12. En cuanto al proyecto de directriz 5 (Cooperación internacional), el apartado *a* fue aprobado provisionalmente después de haber sido reformulado por el Relator Especial de manera que los Estados tuvieran la obligación de cooperar, «según proceda», entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, a fin de proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Por otra parte, la referencia a la buena fe se consideró implícita en todas las obligaciones internacionales y fue, por consiguiente, eliminada.

13. El apartado *b* del proyecto de directriz 5 fue modificado por el Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los miembros del Comité de Redacción.

14. Con respecto al preámbulo, el Relator Especial presentó una nueva propuesta de revisión del proyecto de directriz 3, en cuyo primer párrafo se indicaba que la atmósfera era esencial para la vida humana y la salud, así como para los ecosistemas acuáticos y terrestres, y determinó que su protección era una preocupación común de la humanidad. A algunos miembros les preocupaba que la expresión «preocupación común de la humanidad» no tuviera consecuencias jurídicas para los Estados, lo que no era apropiado tratándose de un instrumento compuesto por directrices. Otros la interpretaban como una afirmación fáctica, la expresión de una preocupación por un fenómeno mundial, que no producía necesariamente consecuencias jurídicas. Otros no tenían ninguna objeción a que dicha expresión pudiera llevar a pensar que las directrices contenían principios jurídicos para la protección de la atmósfera, pues consideraban que no era contrario a la decisión adoptada por la Comisión en 2013 con respecto al ámbito de aplicación del proyecto.

15. El debate sobre el preámbulo también se centró en la segunda parte de la definición inicial de atmósfera propuesta por el Relator Especial, que abordaba el elemento «funcional»: el transporte y la dispersión de sustancias degradantes. El Relator Especial revisó esa formulación para no dar a entender de manera inintencionada que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes podían ser de algún modo deseables o positivos para la atmósfera y que formaban parte de la definición de atmósfera. Ese nuevo enfoque obtuvo el apoyo del Comité de Redacción.

16. Tras los debates mantenidos, los dos primeros párrafos de la propuesta revisada del Relator Especial se reestructuraron en tres apartados, que se incorporaron al preámbulo. La expresión «preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto», que figura en el tercer apartado, fue propuesta por el Relator Especial para atender a las preocupaciones de los miembros que preferían evitar la expresión «preocupación común de la humanidad». Esa expresión ya ha sido utilizada por la Comisión de Derecho Internacional como criterio de selección de los proyectos que se inscriben en su programa de trabajo, como puede verse en los *Anuarios* de 1997 y 1998[141], y los miembros del Comité de Redacción convinieron en que no producía en sí misma consecuencias jurídicas.

17. El cuarto apartado del preámbulo retoma otra parte de los términos del entendimiento alcanzado por la Comisión en 2013 sobre el alcance del proyecto. El debate sobre ese tema se centró en la pertinencia de reformular ese apartado, dado que la redacción propuesta por el Relator Especial reflejaba con exactitud el acuerdo de la Comisión.

18. En opinión de algunos, era indispensable volver a redactar ese apartado, fruto de un compromiso alcanzado entre los miembros de la Comisión y que no tenía cabida en un instrumento internacional que podía ser adoptado por los Estados. Otros pensaban que reabrir el debate sobre la manera de redactar ese apartado equivaldría a poner en tela de juicio el entendimiento alcanzado por la Comisión en 2013, algo que debía evitarse. También argumentaron que ese apartado podía incluirse en el proyecto de directriz 2, relativo al ámbito de aplicación de las directrices. Por último, los miembros del Comité de Redacción estuvieron de acuerdo en mantener la formulación de la decisión de 2013 en ese apartado del preámbulo, añadiendo una nota en la que se indicaba que la terminología y la ubicación de ese apartado se volverían a examinar en una fase ulterior, cuando se hubieran aprobado todos los proyectos de directriz.

[140] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

[141] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 238, y *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553.

19. Finalmente, cabe señalar que más adelante se podrán añadir nuevos apartados al preámbulo, que se ultimará tras la primera lectura.

20. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a adoptar, uno por uno, los proyectos de directriz y de apartados del preámbulo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, que figuran en el documento A/CN.4/L.851.

Apartados del preámbulo

Quedan aprobados los apartados del preámbulo.

Proyecto de directriz 1. Términos empleados

21. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ señala que, en su segundo informe, el Relator Especial establece que se entiende por «contaminación atmosférica» la introducción en la atmósfera por la actividad humana, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan efectos nocivos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

22. El Comité de Redacción decidió mantener únicamente el término «sustancias» y suprimir la referencia a la energía, en la inteligencia de que el Relator Especial indicaría en el comentario que el primer concepto engloba el segundo. No obstante, esa interpretación puede dar lugar a errores desde el punto de vista tanto científico como jurídico. Además, el Relator Especial indica en su segundo informe que es importante mantener el término «energía», que abarca, entre otras, las emisiones radiactivas (no solo la emisión de sustancias radiactivas, sino también las radiaciones, por ejemplo los rayos gamma emitidos a raíz de un accidente nuclear), así como otros tipos de energía, incluidas las emisiones de calor y de luz de las grandes urbes.

23. Asimismo, aclara que la inclusión de esa terminología no implica que el proyecto de directrices vaya a interferir en absoluto en las políticas sobre energía nuclear de los Estados, que corresponden al ámbito de competencia interno de cada uno de ellos.

24. De conformidad con la definición de contaminación atmosférica aprobada por el Comité de Redacción, solo se aludiría a la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre de energía que contribuya a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.

25. Además, la energía se cita como fuente potencial de contaminación en diversos instrumentos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia.

26. Por tanto, el orador considera que no sería coherente excluir la noción de energía de la definición de «contaminación atmosférica» que figura en el proyecto de directriz 1, y cree que se trata de una cuestión de fondo que debe decidir la Comisión en sesión plenaria. Pide que se realice una votación indicativa a ese respecto.

27. El Sr. NOLTE señala que, según lo declarado por el Presidente del Comité de Redacción, los miembros del Comité acordaron que la expresión «preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto» no producía, en sí, consecuencias jurídicas, cuando él había entendido que se había convenido en que esa fórmula no creaba, de por sí, ninguna obligación jurídica independiente, sin que ello sea óbice para que se la considere una expresión del objeto y fin del proyecto de directrices.

28. El Sr. PARK dice que la energía se menciona en varias convenciones internacionales y que ese concepto debería aclararse en el marco del tema. En cuanto a la energía nuclear en particular, es esencial distinguir —algo que no se hace en el párrafo 13 del segundo informe del Relator Especial— las emisiones nucleares normales de las que están relacionadas con desastres y representan situaciones de fuerza mayor en el derecho internacional. El Relator Especial debe explicar qué se entiende por «sustancias» y también si desea mantener el término «energía», teniendo en cuenta que el uso pacífico de la energía nuclear está recomendado por el OIEA y que está debidamente reglamentado por los Estados.

29. El Sr. SABOIA hace suyas las observaciones formuladas por el Sr. Vázquez-Bermúdez y apoya su propuesta de votación. Aunque el texto del apartado *b* del proyecto de directriz 1 establece, *in fine*, un determinado umbral de gravedad aplicable a los efectos previstos y la terminología empleada, convendría incluir en el comentario explicaciones sobre la regulación del uso comercial de la energía nuclear, a la luz de las preocupaciones expresadas por el Sr. Park. El orador también se hace eco de las observaciones formuladas por el Sr. Nolte.

30. El Sr. NIEHAUS también apoya la propuesta del Sr. Vázquez-Bermúdez y es partidario de que el término «energía» se mencione expresamente en la definición de contaminación atmosférica.

31. El Sr. HMOUD recuerda que se posicionó clara y sistemáticamente, tanto en sesión plenaria como en el Comité de Redacción, a favor de la mención explícita del concepto de energía en la definición de contaminación atmosférica. Por su parte, la cuestión del alcance de la expresión «preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto» no ha sido debatida ni en sesión plenaria ni en el Comité de Redacción, y este acordó claramente incluirla, en el entendimiento de que no tendría ningún efecto jurídico, ni siquiera sobre el objeto y fin del proyecto; esos aspectos tendrían que aclararse en el comentario.

32. Sir Michael WOOD señala que el Presidente del Comité de Redacción ha expresado de manera adecuada la posición del Comité sobre la cuestión planteada por el Sr. Nolte acerca de la preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto, y se reserva su opinión al respecto. En cuanto a la propuesta de realizar una votación indicativa sobre la cuestión de la energía, si bien el Sr. Vázquez-Bermúdez había anunciado en el Comité de Redacción su intención de formular una declaración sobre este punto, no había mencionado la posibilidad de una votación. El procedimiento parece curioso en esta fase y podría tener efectos inciertos. No se puede correr

el riesgo de sentar un precedente que permita someter los elementos del informe del Comité de Redacción a una votación en sesión plenaria, pues, de lo contrario, numerosas cuestiones planteadas en la declaración del Presidente del Comité de Redacción podrían dar lugar a votaciones indicativas. Por lo tanto, el orador se opone a que tenga lugar dicha votación y no participará en ella si la Comisión decide llevarla a cabo.

33. El Sr. PETRIČ dice que si, como creyó entender en los debates que tuvieron lugar en sesión plenaria y en el Comité de Redacción, tanto las emisiones derivadas del uso normal de la energía nuclear como las emisiones radiactivas resultantes de accidentes como el de Fukushima están excluidas del apartado *b*, solo se mantiene como forma de contaminación energética la contaminación lumínica generada por las grandes urbes. A menos que se quiera dar a entender que las ciudades deberían quedar sumidas en la oscuridad por la noche, el orador no entiende, en esas condiciones, el propósito de referirse a la energía en dicho párrafo. Con respecto a la celebración de una votación indicativa, el orador se opone a ello, pues se ha encontrado en más de una ocasión con que sus puntos de vista no han sido aceptados por el Comité de Redacción y no por eso ha reclamado una votación en sesión plenaria. No obstante, si la mayoría de los miembros de la Comisión están a favor de la votación, el orador no participará y pedirá que así se haga constar en las actas.

34. El Sr. MURPHY señala que los debates en sesión plenaria han puesto de manifiesto una división muy marcada entre los miembros de la Comisión sobre la pertinencia de incluir una referencia a la contaminación relacionada con la energía en el apartado *b*. Por su parte, dice tener reservas sobre esa cuestión, ya que el término «energía», según se interpreta en el contexto de instrumentos internacionales como el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, no tiene el mismo sentido que el que le da el Relator Especial en su segundo informe, y los protocolos de ese Convenio tampoco se refieren a la contaminación lumínica ni a las emisiones radiactivas. Por tanto, no le parece apropiado mencionarla en el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, sobre todo porque la labor de la Comisión sobre ese tema consiste en gran medida en codificar el derecho vigente. Aunque el Sr. Vázquez-Bermúdez tiene todo el derecho a plantear de nuevo la cuestión en sesión plenaria, lo que ya anunció en el Comité de Redacción, el orador considera que celebrar una votación no sería deseable y que sería preferible incluir, en el comentario, los argumentos de los miembros que están a favor de incluir una referencia expresa a la energía en la definición de contaminación atmosférica.

35. El Sr. ŠTURMA considera que el texto propuesto por el Comité de Redacción es el resultado de un compromiso difícil de alcanzar y que sería lamentable reabrir el debate en esa etapa. La propuesta del Sr. Murphy de renunciar a la votación y dejar constancia de las diferencias de opinión expresadas sobre el tema sería una buena manera de resolver el problema.

36. El Sr. KITTICHAISAREE, haciendo suyas las observaciones formuladas por los Sres. Petrič, Murphy y Šturma, dice que la Comisión debería continuar su labor con el espíritu de camaradería que la caracteriza, en lugar de enzarzarse en discusiones. Muchas de sus opiniones no han sido adoptadas por el Comité de Redacción, pero espera que se reflejen en el comentario que se aprobará en sesión plenaria.

37. El Sr. NOLTE, invocando como el Sr. Kittichaisaree el espíritu de camaradería, dice que forma parte de los miembros que consideran que la contaminación relacionada con la energía debería incluirse en el proyecto, pero reconoce que otros miembros de la Comisión están en contra de ello. Aunque no es en absoluto inusual que los miembros del Comité de Redacción planteen cuestiones de fondo en sesión plenaria, como hacía muy a menudo el Sr. Pellet, antiguo miembro de la Comisión, es importante hacer un uso racional de ese procedimiento. Una votación indicativa en esta etapa de la labor no sería una buena idea; sería mejor esperar al examen de los comentarios para tomar una decisión sobre la pertinencia de esa votación. No obstante, el orador confía en que la Comisión, teniendo en cuenta que el tema no se centra en la energía, sino en el cambio climático, sepa mantener el sentido de la proporción y cierto grado de ambigüedad constructiva, también en lo que se refiere a la medida en que un elemento importante del objeto y fin de un texto, aunque no se mencione explícitamente, puede tomarse en consideración al interpretar ese texto.

38. El Sr. CANDIOTI considera que el texto presentado por el Comité de Redacción a la Comisión adolece de varias fallas, tanto respecto de la forma como del fondo, pero que, en nombre del espíritu de camaradería mencionado por los oradores precedentes, se abstendrá de enumerar todas las razones por las que no puede estar de acuerdo con el documento propuesto. En cuanto a la pertinencia de referirse a la energía en la definición de contaminación atmosférica, opina que el debate sobre ese tema es completamente surrealista, ya que no se trata de una cuestión jurídica o política, sino técnica, que debería haberse planteado a los científicos. En cambio, no entiende por qué la definición que figura en el apartado *a* se limita a describir la atmósfera como una envoltura de gases, cuando los científicos que intervinieron ante la Comisión dijeron claramente que la atmósfera estaba compuesta por gases y partículas. Por último, el orador considera que la regla del consenso, que parece haberse consolidado en los últimos años como la única forma de solucionar las discrepancias, constituye una regresión grave que puede obstaculizar sobremanera la labor de la Comisión y mermar su capacidad para contribuir de manera eficaz al desarrollo progresivo.

39. El Sr. MURASE (Relator Especial) da las gracias al Sr. Forteau, que ha dirigido magistralmente la labor del Comité de Redacción, y a todos los miembros del Comité por el espíritu de cooperación y buena voluntad que han mostrado. En respuesta al Sr. Candioti, señala que no mencionó las partículas en la definición de atmósfera porque, en opinión de uno de los científicos consultados, no era necesario hacerlo de manera explícita, pues están mezcladas con los gases. Tanto el calor emitido por las ciudades como la contaminación lumínica o las emisiones radiactivas son objeto de debate en diversas instancias internacionales. Sería extraño que en la labor

de la Comisión sobre la protección de la atmósfera no se mencionaran. El Comité de Redacción convino en que el término «sustancias» incluía la energía. El orador redactará el comentario del proyecto de artículo en ese sentido, pero necesitará que otros miembros de la Comisión le orienten sobre la manera de reflejar sus posiciones al respecto. El Sr. Park ha mencionado la diferencia entre las emisiones nucleares resultantes de las actividades normales y las emisiones nucleares causadas por accidentes como el de Fukushima. Si bien es evidente que el proyecto no se refiere a las primeras, no se pueden ignorar las segundas. El orador da las gracias al Sr. Vázquez-Bermúdez por plantear la cuestión de la energía, que tanta importancia reviste, y dice que coincide con él en que debe abordarse en el proyecto. No obstante, no está a favor de realizar una votación en esa etapa y prefiere dar a la Comisión la oportunidad de proseguir ulteriormente el debate en sesión plenaria en el marco del examen de los comentarios.

40. El Sr. KAMTO dice que es miembro de la Comisión desde suficiente tiempo como para afirmar que los miembros tienen todo el derecho a plantear en sesión plenaria cualquier cuestión que consideren fundamental y sobre la que no haya habido consenso en el Comité de Redacción. Además, en el pasado se han llevado a cabo votaciones indicativas en diversas ocasiones en ese contexto. El orador no está siempre a favor de esa práctica, pero considera, como ya ha tenido la ocasión de hacer valer, que el Comité de Redacción no puede sustituir a la sesión plenaria y que algunas cuestiones solo pueden ser dirimidas por ella. Cuando, como en el caso del Sr. Vázquez-Bermúdez, un miembro plantea una cuestión importante argumentando su punto de vista, la mejor manera de proceder es encontrar la forma de tener en cuenta su inquietud sin comprometer por ello la opinión mayoritaria alcanzada en el Comité de Redacción. En este caso, una solución podría ser reflejar debidamente la posición del Sr. Vázquez-Bermúdez en el comentario. No obstante, si el interesado no considera satisfactoria esa opción, tal vez podría reunirse con los miembros que se han pronunciado sobre su propuesta para tratar de encontrar un terreno de entendimiento común.

41. El Sr. NIEHAUS dice que, hasta hace muy poco, era muy frecuente que una cuestión de fondo que hubiera suscitado disensión en el Comité de Redacción se planteara en sesión plenaria y se sometiera a una votación indicativa. Comparte la preocupación del Sr. Candioti sobre los efectos perjudiciales del rechazo sistemático del voto en favor de la búsqueda del consenso, en cuyo nombre se establece, en realidad, un derecho de veto que puede ser ejercido por los miembros cada vez que se debate un tema. En este caso, el orador se inclina más bien a alinearse con la actitud constructiva del Relator Especial y a descartar la posibilidad de una votación, pero considera importante que en el futuro la Comisión reflexione sobre su manera de gestionar las disensiones y sobre la necesidad de garantizar que, de acuerdo con la lógica democrática, en caso de divergencia, sea la opinión de la mayoría la que prevalezca, y no la voluntad de una minoría.

42. El PRESIDENTE, habida cuenta de las opiniones divergentes expresadas sobre la conveniencia de la mención explícita de la energía en la definición de contaminación atmosférica y la votación indicativa propuesta por el Sr. Vázquez-Bermúdez, invita a la Comisión a suspender, por el momento, la aprobación del apartado *b* del proyecto de directriz 1 y a proceder a la aprobación de los apartados *a* y *c*.

Quedan aprobados los apartados a *y* c *del proyecto de directriz 1.*

Proyecto de directriz 2. Ámbito de aplicación de las directrices

Queda aprobado el proyecto de directriz 2.

Proyecto de directriz 5. Cooperación internacional

Queda aprobado el proyecto de directriz 5.

43. El PRESIDENTE propone suspender la sesión para que los miembros de la Comisión que han expresado opiniones divergentes con respecto al apartado *b* del proyecto de directriz 1 prosigan sus deliberaciones, a fin de alcanzar un consenso.

Se suspende la sesión a las 11.30 horas y se reanuda a las 12.05 horas.

44. El PRESIDENTE anuncia que, tras las consultas celebradas entre los miembros interesados, se ha decidido no proceder a un voto indicativo y adoptar el enfoque propuesto por el Relator Especial y apoyado por varios miembros, consistente en reflejar los diferentes puntos de vista expresados, en particular la importancia otorgada a la cuestión de la energía, en el comentario del proyecto de directriz. Al no haber objeciones, considera que la Comisión desea aprobar el apartado *b* del proyecto de directriz 1, en ese entendimiento.

Queda aprobado el apartado b *del proyecto de directriz 1.*

Queda aprobado el informe del Comité de Redacción sobre la protección de la atmósfera, que figura en el documento A/CN.4/L.851.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. B, A/CN.4/683, A/CN.4/L.854)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

45. El PRESIDENTE invita a los miembros a proseguir el examen del tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/683).

46. El Sr. ŠTURMA felicita al Relator Especial por su tercer informe, centrado en la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Como es habitual, el informe está muy bien estructurado y sustentado por abundante jurisprudencia internacional y por la doctrina relativa al tema. El Relator Especial tiene razón al subrayar que las organizaciones internacionales son completamente diferentes de los

Estados. Tienen su propia personalidad jurídica internacional y sus instrumentos constitutivos son, en cierto modo, un tipo de tratado particular. No obstante, no se debe sobrestimar esa peculiaridad en el contexto de la interpretación de los tratados. En efecto, el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 (al igual que el artículo 5 de la Convención de Viena de 1986) establece claramente que las normas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 también se aplicarán a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. Todo ello se refleja perfectamente en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 11, que cuenta con el apoyo pleno del orador.

47. La situación se complica al abordar la cuestión de la especificidad de determinadas organizaciones internacionales, como la Unión Europea, y el comportamiento de los órganos de organizaciones internacionales. En ese sentido, el Sr. Šturma coincide con otros miembros en que la autonomía del derecho de la Unión Europea es un tanto exagerada, lo cual no es achacable al Relator Especial, sino a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ahora bien, como órgano de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional debe promover el derecho internacional. No tiene por qué someterse a la opinión de un determinado tribunal, e incluso debe criticar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, alegando el carácter especial de los tratados europeos, hace caso omiso de las normas establecidas del derecho internacional, incluidas las relativas a la interpretación de los tratados. Después de todo, si se puede afirmar que las instituciones de la Unión Europea (como la Comisión o el Tribunal de Justicia) son los «guardianes de los tratados», los Estados miembros (representados en el Consejo) son sus amos, pues los han adoptado, los pueden modificar e incluso pueden eludirlos mediante acuerdos intergubernamentales.

48. Cuando una organización internacional sustituye a sus Estados miembros en el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de miembro o pasa a ser parte en el instrumento constitutivo de otra organización, la situación no es la misma. Los órganos de la primera organización actúan de la misma manera en que los miembros de la otra organización contribuyen directamente a los acuerdos y la práctica en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, ese ejemplo difiere de la situación habitual, en que la práctica de los órganos de una organización no es la misma que la práctica de los Estados y, por tanto, no puede contribuir sino indirectamente a la práctica pertinente a los fines de la interpretación del tratado. Dicho esto, el orador puede aprobar, en general, la distinción entre las tres formas de comportamiento de una organización internacional que se hace en el párrafo 31 del tercer informe.

49. El orador también está de acuerdo con el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11, de conformidad con el cual el comportamiento del órgano de una organización internacional en la aplicación del instrumento constitutivo de la organización puede generar o articular un acuerdo ulterior o una práctica ulterior. No obstante, dado el carácter categórico de esa conclusión, cabría precisar que no se trata del comportamiento de un órgano cualquiera, sino de un órgano «competente», «intergubernamental» o «plenario». Aunque el orador también puede dar por bueno el párrafo 3, propone especificar que el comportamiento del órgano de una organización internacional no equivale a la práctica de los Estados, pero puede ser otra práctica pertinente a los fines de la interpretación del instrumento constitutivo. Por último, el orador está de acuerdo con el párrafo 4, que dispone que la práctica establecida de una organización internacional se tendrá en cuenta en la interpretación del instrumento constitutivo de dicha organización. Para concluir, el orador apoya la remisión del proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

50. Sir Michael WOOD dice que, como se indica en el tercer informe del Relator Especial, muchos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales y artículos académicos arrojan luz sobre la cuestión de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el contexto de la interpretación los tratados; es un terreno trillado. Tres observaciones generales se imponen a este respecto.

51. En primer lugar, como ha señalado el Sr. Tladi, la Comisión debe seguir velando por que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior no cobren más importancia para la interpretación de los tratados que la que les otorgan los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. La Comisión dejó claro ese aspecto cuando elaboró el proyecto de conclusión 1, que inscribe expresamente el tema en el contexto de esos artículos, y así se desprende de las primeras palabras del proyecto de conclusión 11 propuesto en el informe que se examina. El orador sigue convencido de que la expresión «medios de interpretación» transmite la impresión, totalmente equivocada, de que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior bastan para la interpretación. La expresión «elemento de interpretación», que es la utilizada con más frecuencia por la Comisión en el decenio de 1960 en la labor sobre la interpretación de los tratados, le parece preferible. No obstante, el trabajo debe seguir centrándose en la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, y no, como el Relator Especial tiende a hacer en su tercer informe, extenderse a cuestiones más generales relacionadas con la interpretación de los tratados.

52. En segundo lugar, los miembros de la Comisión celebraron que el Relator Especial, en el párrafo 31 de su tercer informe, abordara tres casos, a saber, la práctica ulterior de las partes en los instrumentos constitutivos, la práctica ulterior de los órganos de una organización internacional y una combinación de la práctica de los órganos de la organización internacional y de la práctica ulterior de las partes, y consideraron que el proyecto de conclusión debería reflejar mejor esos tres supuestos. El orador dice que no está convencido de ello, porque no cree que sea realmente posible ni útil tratar de sistematizar así la jurisprudencia, al menos por dos motivos. En primer lugar, aunque se deba aceptar a los fines del examen del tema una distinción entre la práctica de las partes y la práctica de los órganos, de nada sirve defender la existencia de una categoría diferente que combina esas dos prácticas: en principio, ambas pueden tomarse en cuenta en un determinado caso, pero ello no significa que se combinen para formar una tercera categoría. En el ejemplo citado en el párrafo 52 del informe, referente a

la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, la Corte se basó fundamentalmente en la práctica de los Estados, es decir, la práctica de los miembros del Consejo de Seguridad y su aceptación general por los Miembros de las Naciones Unidas. Según la explicación ofrecida por Thirlway y citada en la primera nota a pie de página del párrafo 53, «la referencia de la Corte a que se trataba de una práctica "de" la Organización tenía presumiblemente la intención de aludir, no a una práctica seguida por la Organización como entidad en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional, sino a una práctica seguida, aprobada o respetada en toda la Organización. Desde esta perspectiva, la práctica […] es […] un reconocimiento […] de todos los Estados Miembros […] mediante la aceptación tácita, de la validez de esas resoluciones»[142]. Del mismo modo, en el fragmento del fallo de la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. el Japón: intervención de Nueva Zelandia)*, citada en el párrafo 54, la Corte insiste en el apoyo, o la falta de apoyo, de los Estados a la aprobación de las resoluciones invocadas.

53. En segundo lugar, y lo que es más importante, aunque la categoría constituida por la «práctica de los órganos, como tal» fuera pertinente para la interpretación de los tratados, no lo sería como práctica ulteriormente seguida en el sentido del párrafo 3 *b* del artículo 31, sino a otro título, no relacionado con el tema. Los apartados *a* y *b* del párrafo 3 del artículo 31 se refieren a los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes, no a la práctica de los órganos propiamente dicha. La práctica de los órganos puede proporcionar orientación sobre la práctica de las partes, pero es esa práctica la que reviste pertinencia a los efectos del párrafo 3 *b* del artículo 31. Si bien la «práctica de los órganos, como tal» es pertinente para la interpretación de los instrumentos constitutivos, su importancia reside en otra parte. En opinión del orador, esa práctica no queda englobada en la definición del tema, al menos tal y como se entiende en los proyectos de conclusión aprobados hasta ahora. Así se desprende claramente del análisis hecho en los párrafos 68 a 74 del informe, bajo el epígrafe titulado «Modos de concebir los diversos usos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con las normas de interpretación de la Convención de Viena».

54. La tercera observación general se refiere a los ejemplos elegidos por el Relator Especial. Como han señalado otros miembros, algunos de esos ejemplos no parecen estar relacionados con los instrumentos constitutivos: solo algunas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden considerarse un instrumento de ese tipo; la mayoría de ellas se refieren al fondo del derecho. Lo mismo cabe decir de la parte XI, relativa a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. El ejemplo del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional no parece tener nada que ver con un instrumento constitutivo.

55. Algunos de los ejemplos más interesantes citados en el tercer informe proceden del derecho de la Unión Europea, pero hay que ser particularmente cautelosos a ese respecto. La Unión Europea tiene su propio ordenamiento jurídico, que puede compararse con el ordenamiento jurídico interno de un Estado. La mayoría de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se enmarca en ese ordenamiento jurídico; en ese sentido, el Tribunal actúa más como un órgano jurisdiccional nacional y su jurisprudencia debe examinarse con cierta cautela. Por ejemplo, cabe preguntarse en qué medida el enfoque que adoptó con respecto a la práctica ulterior y que, según el Relator Especial, se aparta del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969, debe considerarse una «norma pertinente de la organización» en el sentido de la cláusula «sin perjuicio» del artículo 5 de la Convención.

56. En términos más generales, a veces no queda claro si los ejemplos citados en el informe pretenden ilustrar el contenido del artículo 31, párrafo 3 *a*, el artículo 31, párrafo 3 *b*, el artículo 32 o algún otro elemento relativo a la interpretación de los tratados. El orador confía en que todo ello se aclare en el comentario porque, para que sean útiles, las conclusiones aprobadas por la Comisión deben referirse explícitamente a las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena de 1969. Han de ser más simples y concisas, y utilizar la terminología establecida.

57. Con respecto al proyecto de conclusión 11 propuesto en el tercer informe, el orador señala que está de acuerdo con la primera oración del párrafo 1, que retoma con acierto la formulación del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, señalando que la mayoría de los instrumentos constitutivos son «tratados» celebrados entre los Estados, en el sentido de la definición establecida en dicha Convención. La determinación de si un tratado entre Estados deja de estar englobado en esa definición si una organización internacional entra a ser parte del instrumento constitutivo, como en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, es interesante pero un tanto teórica, al menos en el contexto del tema objeto de examen, aunque probablemente debería mencionarse en el comentario.

58. La segunda oración del párrafo 1 es más problemática. Parece hacer abstracción de la cláusula «sin perjuicio» del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969; el término «puede» no es suficiente. No obstante, tal vez se trate simplemente de una cuestión de redacción.

59. Por su parte, el párrafo 2 plantea varias preguntas. La expresión «comportamiento del órgano de una organización internacional» es muy amplia. ¿Se refiere al comportamiento de todos los órganos, estén o no integrados por Estados? ¿Alude al comportamiento de una secretaría o un órgano, como la Comisión, cuyos miembros actúan a título individual? El término «comportamiento» tampoco está claro en este contexto. El párrafo 2 adolece de un problema aún mayor, ya que establece que el comportamiento del órgano de una organización, en contraposición al comportamiento de los Estados que actúan dentro del órgano, «puede generar» un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*,

[142] H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: part two», *The British Year Book of International Law, 1990*, vol. 61, págs. 1 a 133, en especial pág. 76.

es decir, dar lugar a un acuerdo entre los Estados partes en el tratado o a una práctica en el sentido del artículo 32, lo que parece cuestionable, pues no está respaldado por la jurisprudencia citada en el informe. El orador tampoco está seguro de lo que debe entenderse por «*articulate*» en el párrafo 2 de la versión inglesa —quizás los términos «*reflect*» o «*express*» serían preferibles—, ni comprende cómo un «comportamiento» puede «articular» un acuerdo ulterior o una práctica ulterior. La práctica del órgano puede indicar o reflejar la práctica de las partes en el tratado, pero, en este caso, es esta última la que tiene importancia para el tema examinado.

60. Además, tampoco está claro por qué en el párrafo 3 del proyecto de conclusión el Relator Especial emplea la expresión «práctica pertinente» y no «práctica ulterior», a menos que su propósito sea indicar que el párrafo 3 no queda englobado en el ámbito de aplicación del tema. De ser así, el orador desearía saber cuál es la idea que pretende transmitir ese párrafo, que duda que tenga cabida en los proyectos de conclusión. En cambio, si el párrafo 3 debe entenderse por oposición al párrafo 2, en el sentido de que la práctica del órgano, como tal, no es tan importante como el comportamiento de los Estados partes en ese órgano, ese párrafo está probablemente más justificado, aunque, incluso si ese es el caso, el concepto de pertinencia debe aclararse.

61. El párrafo 4, en el que se emplea la expresión «práctica establecida de una organización», suscita dudas similares. Esa expresión figura en instrumentos adoptados sobre la base de trabajos de la Comisión, como son la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, y los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, pero en esos instrumentos es un elemento de la definición de «reglas de la organización». Si se debe considerar una «norma pertinente de la organización» en el sentido del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 y del párrafo 1 del proyecto de conclusión 11, y no hay ninguna razón para que no lo sea, dedicarle después un párrafo aparte en el contexto, completamente diferente, de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como elementos de interpretación de los instrumentos constitutivos crea cierta confusión. Las explicaciones ofrecidas en el tercer informe no son del todo convincentes y ciertamente no justifican la afirmación categórica del párrafo 4. En el párrafo 79 del informe se dice que «la práctica establecida de un órgano [y no, por cierto, de una organización] que sea aceptada por todos los miembros equivale a una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*». Tal vez ello sea cierto, pero no es lo que dice el párrafo 4 del proyecto de conclusión. El párrafo 82 del informe aumenta las dificultades relacionadas con la práctica establecida al afirmar que «[e]sa práctica es, por tanto, un medio de interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional que habrá de tenerse en cuenta, ya que se basa en el acuerdo de los miembros o se desprende del carácter institucional de la organización». Como se ha visto, la práctica establecida no se basa necesariamente en el acuerdo de todas las partes en el instrumento constitutivo, que es una condición necesaria en el marco del tema. También cuesta entender cómo «el carácter institucional de la organización» puede transformar una práctica establecida en una práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 31.

62. En términos generales, el proyecto de conclusión 11 se puede simplificar, acortar y centrar más en la materia objeto de examen. Los puntos clave del análisis realizado por el Relator Especial y los principales ejemplos que ofrece podrían figurar en el comentario. El orador señala que no es partidario de reemplazar el título del proyecto de conclusión por «Interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales», ya que la Comisión no se está ocupando de esa cuestión general, sino exclusivamente de la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los instrumentos constitutivos. Por último, el orador se muestra a favor de remitir el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

63. El Sr. KAMTO acoge con satisfacción el excelente tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, que está bien razonado y respaldado por la jurisprudencia en la materia. Desde un punto de vista general, señala que, dado que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados miembros de una organización internacional son pertinentes para la interpretación de su instrumento constitutivo en virtud del párrafo 3 *a* y *b* del artículo 31 y el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, la cuestión principal radica en determinar si la práctica ulterior de los órganos de una organización internacional puede desempeñar la misma función. A ese respecto, el orador se hace eco de la opinión expresada por el Relator Especial en los párrafos 43 a 48 del tercer informe, así como de la conclusión que se extrae en las dos primeras oraciones del párrafo 49, basada en particular en lo que denomina la «presunción» reconocida en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*. No obstante, el orador no comparte la conclusión del Relator Especial de que «la práctica de los órganos de organizaciones internacionales puede, en sí misma, constituir un medio de interpretación del instrumento constitutivo de la organización, y que el efecto de presunción conforme a la opinión relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas* no es más que un ejemplo de esa función en el proceso de interpretación». No acierta a ver en qué disposición de la Convención de Viena se sustentaría esa función autónoma de una práctica ulterior que no fuera ni el artículo 31, párrafo 3 *b*, ni el artículo 32 de esa Convención.

64. En el párrafo 49, el Relator Especial afirma además que «[a]l referirse también a los actos de las organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de ciertos Estados miembros, la Corte ha reconocido que esos actos pueden constituir práctica ulterior a los efectos de la interpretación, pero no una práctica (de mayor peso) que establezca un acuerdo entre las partes sobre la interpretación». Tal declaración plantea una cuestión importante y delicada, que no puede tratarse en una sola frase. Dado que, en el párrafo 16, el Relator Especial señala que «[e]n el informe no se aborda la cuestión de si el

comportamiento de diferentes órganos de organizaciones internacionales puede tener diferente peso en relación con la interpretación de los instrumentos constitutivos» y que «estas cuestiones se examinarán en el próximo informe», el orador propone que la cuestión de los posibles efectos de la manera en que se adoptaron los instrumentos constitutivos de una organización internacional se examine al mismo tiempo.

65. En el párrafo 28 del informe se dice que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado su propia práctica de interpretación de los tratados constitutivos de la Unión, debido a la especificidad de esa organización. Sin dejar de reconocer esa especificidad, el orador no considera que las reglas de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de cualquier otro órgano jurisdiccional comunitario se impongan como reglas de interpretación para los tribunales internacionales, más allá del espacio comunitario. Tampoco cree que si la Corte Internacional de Justicia tuviera que interpretar el instrumento constitutivo de la Unión Europea aplicase reglas de interpretación diferentes de las que suele aplicar en ese caso, a saber, las reglas establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Aunque la Unión Europea, al igual que otras organizaciones de integración comunitaria, tiene un carácter especial en virtud de su objeto y fin, lo cierto es que sus instrumentos constitutivos son tratados multilaterales completamente convencionales. De hecho, la afirmación del párrafo 29 del informe de que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que los tratados celebrados por la Unión Europea con terceros Estados están regulados, desde la perspectiva de la interpretación, por el derecho internacional de los tratados confirma de alguna manera ese análisis.

66. En cuanto a la práctica ulterior «por la cual conste el acuerdo de las partes», el ejemplo extraído de la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* parece totalmente pertinente. El orador considera que su alcance no puede minimizarse, so pretexto de que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional pequeña, formada únicamente por seis Estados. Lo que aquí importa no es el número de miembros de la organización internacional, que en cualquier caso es relativo, sino la manera en que se forma una práctica ulterior susceptible de servir como medio de interpretación del tratado constitutivo de la organización. En ese sentido, es interesante observar que, en el caso de esa organización, la práctica ulterior tenía un peso aún más importante, en la medida en que consistía en una especie de acuerdo entre todos los Estados miembros para confiar a la organización misiones que no figuraban en su instrumento constitutivo. En efecto, en el párrafo 65 del fallo dictado en 1998, la Corte señaló que «[l]os Estados miembros también han encomendado a la Comisión ciertas tareas que no estaban inicialmente previstas en los textos convencionales. A raíz de los incidentes entre el Camerún y Nigeria ocurridos en la región del Lago Chad en 1983, se convocó una reunión extraordinaria de la Comisión del 21 al 23 de julio de 1983 en Lagos, por iniciativa de los Jefes de Estado interesados, a fin de confiar a la Comisión la tarea de ocuparse de determinadas cuestiones fronterizas y de seguridad».

67. En el período de sesiones anterior, el orador argumentó que en derecho internacional no existían acuerdos desprovistos de efectos jurídicos, afirmación que también defendió el Sr. Forteau. Así pues, es de lamentar que el proyecto de conclusión 9 haya sido aprobado con esa anomalía jurídica, que, cabe esperar, se corregirá antes de la aprobación de todos los proyectos de conclusión en primera lectura, ya que la Comisión erraría si mantuviera esa concepción de los acuerdos en el resultado final de su labor. En cuanto al proyecto de conclusión 11, la fórmula «y cualquier otra práctica ulterior en virtud del artículo 32», que figura en el párrafo 1, es problemática, porque en el artículo 32 no se menciona de manera expresa la «práctica ulterior». Por lo tanto, sería más exacto decir «y cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32». Eso también se aplica al párrafo 2, donde cabe cuestionar la misma fórmula por la misma razón. En ese caso también sería más correcto decir «u otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario, en el sentido del artículo 32». Además, el orador tampoco ve qué añade el párrafo 3 a los anteriores, pues incluso da la impresión de hacer una distinción entre la práctica ulterior en el sentido del párrafo 3 *a* y *b* del artículo 31, e indirectamente la prevista en el artículo 32, y la «práctica pertinente», como si toda práctica tenida en cuenta para la interpretación de un tratado de cualquier tipo no fuera necesariamente una práctica pertinente para el órgano encargado de la interpretación. Esa observación también se aplica al párrafo 4, ya que al hablar de la «práctica establecida» aumenta la diversidad terminológica. Todo lo anterior procede, evidentemente, de la jurisprudencia internacional, pero el Relator Especial debería haber indicado, al término de su análisis, si las expresiones «práctica ulterior», «práctica pertinente» y «práctica establecida» remiten a prácticas jurídicas diferentes. En cualquier caso, el orador es partidario de remitir el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

68. El Sr. MURASE da las gracias al Relator Especial por su excelente tercer informe y dice que se limitará a formular unas breves observaciones sobre un aspecto que considera muy importante para la labor de la Comisión y que aún no se ha tratado. En el párrafo 8 del informe, se afirma que «[u]na organización internacional, por definición, posee personalidad jurídica internacional independiente y ejerce sus atribuciones (competencias) y funciones a través de sus órganos». Para el orador, la competencia es un elemento esencial en el contexto de la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, ya que, a diferencia de los Estados, que tienen las mismas características jurídicas independientemente de la forma de gobierno, las organizaciones internacionales son muy diversas. Además, aunque suele admitirse que los Estados tienen una competencia general, la competencia de cada organización internacional, incluidas las Naciones Unidas, es concreta y se define en su instrumento constitutivo. Por tanto, es importante tener en cuenta la competencia al interpretar el instrumento constitutivo de una organización internacional, en aplicación del artículo 31, párrafo 3 *b*, y el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

69. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia mencionada en el informe debe leerse a la luz de lo

anterior. Así, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, la Corte hizo hincapié en el carácter «convencional y al mismo tiempo institucional» de los instrumentos constitutivos, declarando que «los imperativos asociados al cumplimiento efectivo de [las] funciones [de la organización], así como su propia práctica […] merece[n] especial atención» (párr. 19 de la opinión consultiva). En esa opinión, también se trata de establecer si se puede afirmar que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha «conferido» a la organización la competencia de examinar la legalidad del uso de armas nucleares (párr. 27 de la opinión). En el fallo dictado en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte llegó a la conclusión de que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad era una organización internacional que ejercía sus facultades dentro de una zona geográfica determinada, pero que su objetivo no era solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, así pues, no quedaba abarcada en el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas (párr. 67 del fallo).

70. En la opinión consultiva de la Corte relativa a la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas* se plantea precisamente la cuestión de la competencia de la Asamblea General. Por último, en su opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte señaló que «cada uno de [sus órganos] debía, por lo menos en primer lugar, determinar su propia competencia. Si el Consejo de Seguridad, por ejemplo, aprobaba una resolución con el objeto declarado de mantener la paz y la seguridad internacionales y si, con arreglo a una orden o autorización incluidas en dicha resolución, el Secretario General contraía obligaciones financieras, era de presumir que las sumas referidas constituían "gastos de la Organización"» (pág. 168 de la opinión consultiva).

71. Es evidente que, cualquiera que sea el término empleado —«competencia», «función», «potestad», «jurisdicción», «mandato» o «autorización»—, siempre es la «competencia» de un órgano o de una organización lo que la Corte considera un factor decisivo a los efectos de la interpretación del instrumento constitutivo de la organización de que se trate. El Relator Especial tal vez considere que esa «competencia» queda englobada en la expresión «propia práctica» de la organización internacional. No obstante, dado que la Corte se refiere tanto a las «funciones» como a la «propia práctica» en su opinión consultiva relativa a la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, el orador considera que conviene estudiar ambas. Así pues, propone añadir las palabras «siempre que tal comportamiento forme parte de las competencias de la organización» al final de los párrafos 2 y 3 del proyecto de conclusión 11. Por último, no considera que el término «conclusiones» sea apropiado para referirse al resultado final de la labor de la Comisión. Aunque ese término puede ser conveniente para designar el «enfoque común» acordado por los miembros de un grupo de estudio, no es adecuado para la labor de la Comisión, que aspira a elaborar directrices dirigidas a los profesionales, los expertos, los investigadores y los estudiantes. Por eso, sería mejor referirse a un «proyecto de directrices», como en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[143].

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

3261ª SESIÓN

Miércoles 3 de junio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, 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.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. B, A/CN.4/683, A/CN.4/L.854)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir con su examen del tercer informe del Relator Especial sobre el tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/CN.4/683).

2. El Sr. MURPHY expresa su respaldo a la decisión adoptada por el Relator Especial en su tercer informe de no ocuparse de la interpretación de los tratados celebrados por organizaciones internacionales. En cambio, no comparte la predicción que figura en el párrafo 12 según la cual las reglas sobre interpretación que figuran en la Convención de Viena de 1986 llegarán a considerarse derecho internacional consuetudinario. Dada la falta de análisis o de fundamentación de esa predicción, el orador supone que no se incluirá en el comentario al proyecto de artículos.

3. El orador ha entendido que, en su labor sobre el tema, la Comisión explica las normas fijadas en el artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de la Convención de Viena de 1969. Por ello, alberga dudas sobre la ampliación del alcance del tema para que incluya el artículo 31, párrafo 3 *c*, o cualquier otra parte de dicho artículo. Asimismo, en vista de que la Convención de Viena de 1969 solo se aplica a los tratados entre Estados, el proyecto de conclusión 5 sobre

[143] 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.

la atribución de la práctica ulterior es correcto y no necesita ser objeto de revisión alguna.

4. En relación con la organización del tercer informe, el orador propone incluir en el comentario al proyecto de artículos las advertencias que formula el Relator Especial en los párrafos 8 a 11. No obstante, el enfoque tripartito descrito en el párrafo 31 es un tanto artificial y no se desprende de manera evidente de los casos citados, al tiempo que las líneas que separan las tres categorías son menos nítidas de lo que se sugiere. El proyecto de conclusión 11 resultante ni refleja el enfoque tripartito ni separa la práctica ulterior de los acuerdos ulteriores, lo que dificulta que se evalúen los cuatro párrafos del proyecto de conclusión 11 como propuestas de derecho sostenibles.

5. El proyecto de conclusión 11, párrafo 1, se refiere a un tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, con lo que reproduce el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, el artículo 5 también dispone que la Convención se aplica a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional. Si se considera importante que en un proyecto de conclusión se contemple la aplicación de los artículos 31 y 32 a todo tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, entonces se debe proceder de igual manera ante todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional. De lo contrario, parecería que la Comisión abandona una parte del artículo 5. El orador propone que se modifique en consecuencia el proyecto de artículo 11, párrafo 1. Asimismo, el Relator Especial debe aclarar si la expresión «las normas pertinentes de la organización» se refiere únicamente a las normas que figuran en el instrumento constitutivo de una organización internacional o también a las normas desarrolladas con posterioridad por la organización, como los reglamentos. La segunda oración no parece necesaria, ya que en cierto modo se trata de una paráfrasis extraña del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, y se limita a repetir lo que ya se afirma en otros puntos del proyecto de conclusión.

6. En el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, el acuerdo ulterior o la práctica ulterior en cuestión corresponden al acuerdo o la práctica de las partes en el tratado y no al comportamiento de un órgano de la propia organización internacional. Por ello, el orador propone reformular el párrafo 2 en los siguientes términos: «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, como medios de interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, pueden surgir del comportamiento de las partes en el instrumento constitutivo, ya sea en el ámbito de la organización internacional o en su reacción al comportamiento de la organización internacional». Todos los casos mencionados en los párrafos 33 a 42 y 52 a 67 del tercer informe respaldan esa propuesta. El orador comparte la opinión de que puede merecer la pena recoger la idea de que solo surgen acuerdos ulteriores o práctica ulterior cuando están respaldados por todos los Estados partes en el instrumento constitutivo sin votos en contra u oposición, tal y como se recalcó en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. el Japón: intervención de Nueva Zelandia)* y en la opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*.

7. El proyecto de conclusión 11, párrafo 3, se centra exclusivamente en el comportamiento de un órgano de una organización internacional. No obstante, en sí mismo, dicho comportamiento no es pertinente en los términos del artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*. Ninguno de los casos o ejemplos mencionados en los párrafos 43 a 51 del informe alude al artículo 31, y ninguno de los autores citados considera que esa práctica entre dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo. El párrafo 3 tampoco hace referencia alguna a otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, como el artículo 32. El comportamiento de un órgano de una organización internacional no constituye, de por sí, el tipo de acuerdo ulterior o práctica ulterior de las partes en un tratado que deba ser relegado al artículo 32 por no llegar a adquirir pertinencia en virtud del artículo 31. En pocas palabras, al orador no le convence que el párrafo 3 guarde relación alguna con el tema actual.

8. No queda claro si la práctica de las organizaciones internacionales como medio de interpretación de acuerdo con la Convención de Viena de 1969 tiene el mejor encaje en el artículo 31, párrafo 1; el artículo 31, párrafo 3 *c*; el artículo 32; o en las normas pertinentes de la organización sin perjuicio de las cuales se aplica la Convención. El orador comparte la preocupación del Sr. Tladi de que la Comisión corre el peligro de crear un nuevo derecho en ese sentido. También le preocupa al orador que la inclusión de la práctica de las organizaciones internacionales en el actual tema, especialmente en los términos vagos del párrafo 3, pueda dar la impresión de que la Comisión considera posible que dicha práctica entre en el ámbito de aplicación del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, cuando en realidad ningún tribunal o especialista en derecho público parece haber adoptado tal postura.

9. El proyecto de conclusión 11, párrafo 4, se centra en la práctica establecida, no ulterior, de una organización internacional en su conjunto, no de un órgano de una organización internacional. La estructura del informe dificulta que se entienda el fundamento jurídico de ese párrafo y la manera exacta en que se puede distinguir de los párrafos 2 y 3. Tampoco quedan claras las distinciones que se hacen en los párrafos 77 a 82 del informe. En esencia, parece afirmarse que la práctica establecida de la organización puede servir de medio de interpretación de un instrumento constitutivo de una organización internacional. Aun cuando así fuera, no constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en un tratado que entre en el alcance del tema actual. Por consiguiente, al orador no le convence que el párrafo 4 forme parte del tema actual. Lo que es más, si la Comisión definiera la expresión «práctica establecida de la organización» como práctica de la organización acompañada de práctica de los Estados, no parecería que el párrafo 4 incluyera más de lo que ya se dispone en el párrafo 2.

10. Siempre que se tengan en cuenta esas inquietudes, el orador respalda que se envíe el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

11. El Sr. McRAE dice que tiene algunas preguntas sobre el análisis en que basó el Relator Especial el proyecto de conclusión 11. Esas preguntas se refieren fundamentalmente a si el material incluido en el tercer informe

dice realmente tanto como sugiere el Relator Especial en cuanto a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. Su primera duda se refiere a la definición que hace el Relator Especial del instrumento constitutivo, que figura en el párrafo 23 del informe. En los dos ejemplos que se presentan en dicho párrafo, relacionados con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, la interpretación que hacen ambos órganos de muchas disposiciones guarda poca relación con los respectivos tratados entendidos como sus instrumentos constitutivos. De ahí que quepa preguntarse si el Relator Especial no está forzando la inclusión de algunos tipos de práctica interpretativa en la categoría de la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, cuando en realidad son tan solo ejemplos de interpretación de los tratados en un contexto diferente.

12. La segunda duda del orador tiene su origen en los motivos del Relator Especial para incluir, en el párrafo 28 de su informe, la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación de los tratados constitutivos. El Tribunal explicó que desarrolló su propio criterio al haber interpretado que dichos tratados constitutivos de la Unión Europea creaban un nuevo ordenamiento jurídico. Ahora bien, los argumentos sobre los que se asienta dicho criterio no facilitan ningún tipo de orientación sobre la interpretación de tratados que sean instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales en un sentido más general, sino que se adoptó ese criterio interpretativo porque esos tratados constitutivos creaban un nuevo ordenamiento jurídico.

13. La tercera pregunta del orador guarda relación con que el Relator Especial haya acudido a la decisión del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* (*Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*). Si bien esa decisión representa una interpretación interesante del concepto de acuerdos ulteriores, resulta discutible que sea pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional. Si, en cambio, se considera que la decisión aplica las normas de la Convención de Viena de 1969 relativas a los acuerdos ulteriores al instrumento constitutivo de una organización internacional, en ese caso se plantea la cuestión del cumplimiento del artículo 5 de la Convención. Ese precepto aplica las normas de la Convención a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, «sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización», expresión entendida en el sentido de que las normas de la organización prevalecen sobre las normas de la Convención. El asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* suscita la interesante cuestión de si el artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena de 1969 podría aplicarse de forma tal que se sortearan las normas de la organización, puesto que de hecho la norma de la Convención permite anular la norma que figura en el artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio. Por consiguiente, el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* parece ser contrario al artículo 5 de la Convención de Viena de 1969.

14. Claramente, el ejemplo de la OMC exige una explicación más minuciosa que la que figura en el tercer informe del Relator Especial: o bien no es un ejemplo de la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, o bien es una aplicación discutible del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969. Quizás en un informe futuro, el Relator Especial podría abordar la cuestión del uso de los acuerdos ulteriores que tengan por efecto sortear o eludir los términos explícitos del instrumento constitutivo de una organización internacional.

15. A juicio del orador, hay que revisar el proyecto de conclusión 5 a la luz del tercer informe. En su versión actual, no hace justicia a la práctica de los Estados en la aplicación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, tanto si los Estados actúan solos como si lo hacen en el contexto de un órgano de una organización internacional.

16. Al orador no le convence que, en su redacción actual, el proyecto de conclusión 11 abarque todo cuanto se ha desprendido del tercer informe del Relator Especial. En concreto, cuesta ver cómo las tres categorías de práctica enumeradas en el párrafo 31 del informe se corresponden con los diversos párrafos del proyecto de conclusión 11. Son necesarias más aclaraciones y quizás debería insertarse en el texto una disposición explicativa. En conclusión, el orador recomienda que se remita el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

17. El Sr. KOLODKIN afirma respaldar en gran medida el tercer informe y la remisión del proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción. El informe se basa principalmente en un estudio de la práctica de los tribunales internacionales y, en menor medida, en la práctica de las organizaciones internacionales. Apenas hay referencias a la práctica y las opiniones de los Estados miembros y no hay análisis alguno de los instrumentos constitutivos que refleje las opiniones de los Estados con respecto a las funciones de los órganos establecidos por ellos. En el informe tampoco se dan ejemplos de cómo los Estados miembros, por conducto de sus representantes, valoran las repercusiones de la práctica de las organizaciones internacionales en la interpretación de los instrumentos constitutivos.

18. En principio, la «autoridad última» para interpretar el instrumento constitutivo de una organización internacional son las partes en el tratado y el acuerdo de estas, salvo que haya disposiciones especiales en sentido contrario, como se establece en el instrumento constitutivo o mediante acuerdo ulterior. Así lo confirma el artículo 5, leído junto con los artículos 31 y 32, de la Convención de Viena de 1969. No obstante, en vista de que en el tercer informe prácticamente no se analizan las opiniones de las partes en los instrumentos constitutivos, la Comisión tiene ante sí una situación paradójica: analiza la función de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales a los efectos de la interpretación de los instrumentos constitutivos básicamente sin tener en cuenta en absoluto la práctica de los Estados.

19. En relación con la jurisprudencia aludida en el párrafo 37 del tercer informe, el orador afirma que es importante distinguir el objeto y la finalidad del

instrumento constitutivo de una organización de la finalidad de la organización *per se*. Esas diferencias son especialmente notables cuando solo algunas de las disposiciones del instrumento están relacionadas con el establecimiento de la organización. Es necesario profundizar en el argumento que se esgrime en el párrafo 23 del informe, según el cual el instrumento constitutivo de una organización puede contener algunas disposiciones que no estén relacionadas con las competencias y las funciones de la organización. Existen ciertamente instrumentos constitutivos cuyas disposiciones no están relacionadas con el establecimiento de la organización pero le atribuyen competencias para aplicar dichos tratados, como la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción. Todo ello plantea cuestiones respecto de las cuales el orador querría conocer la opinión del Relator Especial. ¿Afecta la práctica de los órganos de una organización internacional establecida de conformidad con un tratado de esa índole a la interpretación de las disposiciones que no están relacionadas con el establecimiento de la organización? ¿Tienen las diferencias mencionadas por el orador alguna implicación para las diversas formas de práctica ulterior enumeradas en el párrafo 31 del informe? ¿Inciden de algún modo en el estudio del tema en su conjunto las variaciones entre los instrumentos constitutivos?

20. A juicio del orador, hay un nexo entre los diferentes tipos de disposiciones que figuran en los instrumentos constitutivos y el hecho de que los Estados puedan actuar bien como miembros de la organización, bien como partes en el tratado constitutivo cuando alcanzan un acuerdo sobre la interpretación del tratado. A fin de llegar a un acuerdo sobre la interpretación de las disposiciones institucionales de un instrumento, los Estados solo tienen que actuar en su condición de miembros de la organización. En cambio, para lograr un acuerdo sobre la interpretación de las disposiciones que no están relacionadas con las actividades de la organización, los Estados han de actuar como parte en el instrumento. No obstante, tal y como ha señalado con acierto el Relator Especial, a menudo resulta difícil saber en qué condición actúan los Estados.

21. El orador duda de la idoneidad del ejemplo de práctica ulterior que se presenta en el párrafo 41 del informe, a saber, los acuerdos bilaterales relativos al artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, que, en opinión del orador, no constituyen una interpretación del artículo 5. Sin duda resulta difícil imaginar tal interpretación: contradiría frontalmente lo que las partes acordaron al celebrar el tratado. El orador mantiene que en el artículo 5 del Convenio las partes formularon una norma general que permitía que varias partes se apartaran de él, con el consentimiento de las partes interesadas. El artículo 5 también es un ejemplo de una disposición constitutiva que no está relacionada con el establecimiento de la organización. No regula las relaciones verticales entre los miembros y la organización, sino las relaciones horizontales entre los miembros fuera del marco de la organización.

22. El aspecto más interesante del tercer informe es con gran diferencia la parte dedicada a la función de la práctica de los órganos de las organizaciones internacionales en la interpretación de sus instrumentos constitutivos. No obstante, una vez más, al tratar el asunto, en los párrafos 43 y siguientes del informe, el Relator Especial comienza con un análisis, no de la práctica de los Estados o de las disposiciones de los instrumentos constitutivos, sino de las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. El Relator Especial apenas ofrece ejemplos de disposiciones que establecen las competencias y las funciones de los órganos de las organizaciones internacionales que arrojarían algo de luz sobre este asunto.

23. El orador está de acuerdo con la afirmación del párrafo 73 según la cual la «propia práctica» de una organización internacional puede ser considerada una forma de «otra práctica» en la aplicación del tratado de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, no está seguro de la forma en que eso casa con el proyecto de conclusión 5, tal y como se sugiere en el párrafo 76. El orador no entiende cómo se desprende del proyecto de conclusión 5 que la práctica de los órganos de las organizaciones internacionales, como tal, pueda constituir práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención; además, el comentario del proyecto de conclusión no aclara el asunto. El orador alberga la esperanza de que se revise el proyecto de conclusión 5 en algún momento.

24. En el párrafo 77 del informe, se alude al comentario de la Comisión sobre el artículo 2, párrafo 1 *j*, de la Convención de Viena de 1986, en el cual se afirma que el peso de una práctica específica de los órganos puede depender de las reglas y características particulares de la organización correspondiente, conforme a lo expresado en su instrumento constitutivo. Asimismo, en los párrafos 78 a 80 se pone de relieve la importancia de la actitud de los Estados ante la práctica de los órganos como factor que influye en el peso de dicha práctica y su pertinencia a los efectos de la interpretación de los instrumentos constitutivos. Puede que la Comisión desee estudiar la posibilidad de añadir una disposición general según la cual el peso o la pertinencia de la práctica concreta de los órganos de las organizaciones internacionales dependan de tales características.

25. El Sr. LARABA dice que el debate sobre el tema mantenido en el seno de la Sexta Comisión pone de manifiesto el respaldo a la línea propuesta para el tercer informe, si bien algunos Estados Miembros advirtieron que no se debía ir más allá del aspecto central, que son los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la medida en que están relacionados con la Convención de Viena de 1969.

26. Algunas de las ideas básicas del informe se tratan de forma más bien repetitiva. Ejemplo de ello es la aplicabilidad del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 a la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, tema abordado en los párrafos 8, 10, 19 a 23 y 26 del tercer informe en términos muy similares, si bien no idénticos. Se incide una vez más en este tema con ambigüedad en los párrafos 22 y 26, en los que se afirma que los instrumentos constitutivos muestran «características especiales» y son de un «determinado tipo», sin que se explique con claridad las consecuencias de esas características en la interpretación

de los instrumentos constitutivos. En ocasiones, esa ambigüedad dificulta que se pueda comprender el punto de vista del Relator Especial.

27. Algunos extractos del tercer informe también dan pie a confusiones. Un ejemplo es la afirmación que figura en el párrafo 8, según la cual, aunque el artículo 5 dispone que la Convención es aplicable a los instrumentos constitutivos, también reconoce que ello «puede» suscitar cuestiones concretas en lo que respecta a su interpretación. Con ello parece darse a entender que también podría predicarse lo contrario. El orador pide que se aclare ese punto.

28. En tres ocasiones, el informe utiliza un lenguaje prudente, incluso vacilante, al indicar que las normas de la Convención de Viena de 1969 se aplican «en principio» o «como regla general» a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Si con esa redacción se persigue transmitir la idea de que el instrumento constitutivo de una organización internacional puede contener disposiciones en sentido contrario, tal y como se sugiere en tres párrafos del informe, habría sido mejor afirmar simplemente desde el principio, por ejemplo en el párrafo 8, que las reglas de interpretación de la Convención se aplican a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales salvo cuando el tratado constitutivo disponga otra cosa. Por ello, las secciones A y B del capítulo II parecen algo superfluas. Además, el razonamiento que se sigue en los párrafos 28 y 29 del tercer informe se fundamenta excesivamente en la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

29. Las secciones C y D del capítulo II conforman el núcleo esencial del informe. Se podría haber mejorado la sección C acudiendo a ejemplos más variados extraídos de la práctica de un mayor número de organizaciones internacionales. Algunos de los ejemplos de práctica de los Estados, en particular los que se presentan en los párrafos 38 a 41, no son pertinentes para decidir si esas prácticas constituyen un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. El hecho de que en el párrafo 38 el Relator Especial no haya estimado que los acuerdos bilaterales de aplicación sean acuerdos ulteriores de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 *a*, mientras que sí lo ha considerado en el párrafo 41 pone de relieve la complejidad de las cuestiones tratadas. Las tres formas de conducta enumeradas en el párrafo 31 pueden ser insuficientes para abarcar todas las formas de comportamiento existentes. Puede resultar difícil separar la práctica ulterior de las partes de la práctica de los órganos. Indirectamente, parece que el Relator Especial reconoce esa dificultad al referirse en el párrafo 31 *c* a una combinación de la práctica de los órganos y de la práctica ulterior de las partes.

30. El párrafo 19 de la opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, citado por el Relator Especial en el párrafo 24 del informe y en otras ocasiones, hace preguntarse si la práctica pertinente a los efectos de la interpretación de un instrumento constitutivo es la de los órganos de la organización o la práctica ulterior de las partes. Tal y como señala el Relator Especial en el párrafo 69 del informe, la doctrina se muestra dividida al respecto. Otra cuestión que trae a colación el párrafo 19 es si la propia práctica de una organización internacional es pertinente de conformidad con el artículo 31, párrafo 3 *b*, o como un fundamento independiente.

31. El orador está a favor de que se remita el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

32. El Sr. FORTEAU dice que, a la luz de los debates mantenidos en sesiones plenarias, ha cambiado su postura con respecto al proyecto de conclusión 11, párrafos 3 y 4. Ha llegado a la conclusión de que deben adoptar la forma de cláusulas «sin perjuicio». Tal y como se ha señalado, la aprobación del proyecto de conclusión 11 presupondría la modificación del proyecto de conclusión 5. De hecho, también presupondría la modificación del proyecto de conclusión 4, párrafo 3, y del proyecto de conclusión 6, párrafo 3, que definen la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 exclusivamente como la conducta ulterior de las partes en el tratado.

33. La Sra. JACOBSSON afirma que el Relator Especial ha delimitado acertadamente el alcance del tema y ha explicado claramente por qué ha optado por no abordar determinados aspectos. Ahora bien, a la oradora le habría gustado que analizara en qué medida los actos de una organización están relacionados con los actos de otra en el proceso interpretativo. La oradora tiene en mente la forma en que las Naciones Unidas y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) hicieron frente a la cuestión de las armas químicas en la República Árabe Siria mediante una serie de decisiones extraordinarias, algunas de las cuales incidían claramente en la interpretación del instrumento constitutivo de la OPAQ. ¿En qué momento, de haberlo, pudo convertirse esa práctica, creada con forma de decisiones, en un medio de interpretación del instrumento constitutivo de la OPAQ?

34. La oradora respalda el proyecto de conclusión 11, párrafo 1, si bien la cláusula «sin perjuicio» puede exigir más análisis y aclaraciones. ¿Ofrece ese párrafo orientaciones suficientemente claras por sí solo, sin la referencia a los comentarios? A la oradora no le convence el valor que se atribuye a la inclusión de una cláusula «sin perjuicio» en todos los párrafos del proyecto de conclusión. Cuanto mayor sea el ámbito de aplicación de esas cláusulas, menor valor práctico tendrá la conclusión.

35. El proyecto de conclusión 11, párrafo 2, parece trasladar el peso de aquello que constituye acuerdos ulteriores y práctica ulterior a los efectos de interpretar los tratados constitutivos en lo que se refiere al modo en que esos acuerdos y esa práctica pueden dar lugar al acuerdo o la práctica ulterior de las partes. Por ello, convendría transformarlo en un nuevo proyecto de conclusión.

36. En el proyecto de conclusión 11, párrafo 3, es necesario debatir cómo tratar el peso que se debe otorgar a la práctica divergente entre los órganos de una organización internacional. El párrafo 4 de ese proyecto de conclusión reviste una importancia fundamental. Si la organización ha establecido una práctica generalmente aceptada para hacer frente a situaciones nuevas e imprevistas, resultaría paradójico que no se permitiera tener en cuenta tal

práctica a los efectos interpretativos, siempre que respetara el objeto y la finalidad del tratado.

37. La oradora recomienda que se remita el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

38. El Sr. PETER afirma que, al tratar el tema, hay que tener presente que los Estados y las organizaciones internacionales son actores muy diferentes en el derecho internacional, ya que aquellos son sujetos de derecho internacional y estas, objetos. Los Estados presentan características específicas, como su soberanía, que no pueden adquirir las organizaciones internacionales, por muy poderosas o influyentes que puedan ser. Quizás el aspecto más polémico del tercer informe es su análisis de los motivos por los que se puede examinar el comportamiento de las organizaciones internacionales a los efectos de la interpretación. En el informe se exponen claramente las posturas opuestas de la doctrina al respecto.

39. En el análisis de la forma de reconocer los acuerdos ulteriores y el efecto que estos tienen en la interpretación de los tratados, el informe es especialmente contundente al abordar los acuerdos autónomos entre las partes en los instrumentos constitutivos. No obstante, hay que arrojar más luz sobre los acuerdos entre las partes que adoptan la forma de decisión de un órgano plenario de una organización internacional. Por ejemplo, no queda claro cómo saber cuándo las partes actúan en el seno de dicho órgano plenario en su condición de Estados partes o de miembros del órgano en cuestión. ¿Resulta decisiva la naturaleza de la reunión para determinar si los Estados actúan en una u otra condición? ¿O pueden los Estados actuar en más de una condición en la misma reunión de un órgano plenario de una organización internacional?

40. En relación con la función de la práctica establecida de una organización internacional en la interpretación de su instrumento constitutivo, el orador afirma que dicha práctica se considera a lo sumo una norma sustantiva de la organización y no fundamentalmente un medio de interpretación. El proyecto de conclusión 11, párrafo 4, parece problemático en ese sentido. Si con él tan solo se quiere dar a entender que la práctica establecida de una organización es un factor pertinente pero subsidiario a tener en cuenta al interpretar su instrumento constitutivo, podría resultar inadecuado en un caso en el que una organización tenga una práctica establecida respecto de la interpretación de su propio instrumento constitutivo. Si, en cambio, se pretende sugerir que la práctica establecida de una organización puede arrojar luz sobre la mejor manera de interpretar su instrumento constitutivo, no queda claro cómo difiere ello del proyecto de conclusión 11, párrafo 3. Por consiguiente, debería suprimirse el párrafo 4.

41. El proyecto de conclusión 11 no aclara la cuestión del peso que debe otorgarse al comportamiento de un órgano de una organización internacional a los efectos de interpretar su instrumento constitutivo, lo cual se debe, en parte, a que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia a la que remite fundamentalmente el informe parece no ofrecer una respuesta clara. El proyecto de conclusión 11 debe explicar claramente por qué, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, el comportamiento de los órganos de las organizaciones internacionales es pertinente para la interpretación de sus instrumentos constitutivos. El proyecto de conclusión 11, párrafo 3, que es el que se ocupa del asunto de una manera más directa, deriva en gran parte de la observación formulada en el párrafo 49 del informe, según la cual los efectos que la Corte Internacional de Justicia ha atribuido a la práctica de los órganos parecen ir más allá de las condiciones y los efectos previstos en el artículo 32 de la Convención. Si bien parece tratarse de una reafirmación acertada de la postura de la Corte en su opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la conclusión formaliza una categoría de práctica ulterior cuya ubicación dentro de las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 no está clara.

42. El informe se basa en las opiniones consultivas de la Corte sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad* y las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* para describir cómo se puede afirmar que algunos comportamientos de las Naciones Unidas han contado con la aceptación general de los Estados Miembros. El informe entra en detalle en la cuestión de cómo identificar la aquiescencia de los Estados partes ante el comportamiento de una organización internacional al afirmar que la práctica pertinente suele ser la de aquellos en quienes recae la obligación de actuar. En otras palabras, cuando una organización internacional tiene la obligación de hacer algo, y lo hace, la práctica de los Estados tan solo será calificada de aquiescencia. Si bien esa observación es una contribución útil, no permite saber por qué ni en qué medida la práctica de una organización internacional tiene un peso independiente.

43. Si la solidez del vínculo entre el comportamiento de una organización y la práctica de los Estados no es un factor determinante para el peso que se debe otorgar a dicho comportamiento, se abren dos posibilidades. La primera es que se pueda aplicar una regla especial cuando se interprete el instrumento constitutivo de una organización internacional. La segunda posibilidad es que todo comportamiento de las organizaciones internacionales pueda tener importancia, dado que dicho comportamiento suele aclarar el objeto y la finalidad del instrumento constitutivo en cuestión. Esta postura puede contribuir a inserir un criterio flexible respecto de la práctica de las organizaciones dentro de los términos del artículo 31 de la Convención.

44. Al orador le preocupa que los párrafos 2 y 3 del proyecto de conclusión 11 traten de incorporar del régimen de Viena una jerarquía del peso interpretativo que puede no existir en la jurisprudencia, así como que la importancia que el párrafo 3 atribuye a determinados comportamientos de las organizaciones internacionales no sea evidente en los términos del artículo 31 o del artículo 32 de la Convención.

45. Puede que el Relator Especial desee estudiar detenidamente los argumentos aducidos en el transcurso del debate en el sentido de que existe cierto conflicto entre el proyecto de conclusión 11 y el proyecto de conclusión 5.

46. Para concluir, el orador afirma que, si bien el comportamiento de las organizaciones internacionales es pertinente para la interpretación de los instrumentos constitutivos, sería un error equipararlo con la práctica de los Estados y debería disponerse con mayor claridad dónde se ubica en el marco de la Convención de Viena de 1969. Sin perjuicio de sus reservas a determinadas partes del proyecto de conclusión 11, el orador recomienda su remisión al Comité de Redacción.

47. El Sr. NIEHAUS afirma que, en su tercer informe, el Relator Especial ha hecho un análisis exhaustivo de un tema sumamente técnico y de gran importancia para el derecho internacional, en general, y el derecho convencional, en particular. Es de lamentar que solo unos pocos Estados y organizaciones internacionales hayan respondido a la petición de la Comisión de que proporcionaran ejemplos de prácticas y actos pertinentes para el presente tema. En vista de la importancia que pueden tener esos ejemplos para la labor de la Comisión, quizás merecería la pena reiterar la petición ante los Estados.

48. En cuanto al alcance del tercer informe, el orador comparte el comentario del Sr. Murphy respecto a la predicción de que las normas sobre interpretación reproducidas en la Convención de Viena de 1986 llegarán a ser consideradas expresión del derecho consuetudinario.

49. En relación con el párrafo 31 del informe, el orador afirma tener algunas dificultades para entender qué se entiende por combinación de la práctica de los órganos de la organización y de la práctica ulterior de las partes y agradecería que el Relator Especial pudiera aclarar ese punto.

50. El orador centra su atención en el proyecto de conclusión 11 y dice que el primer párrafo no le plantea ningún problema, siempre que se aclare debidamente la duda que acaba de formular. En lo que al segundo párrafo se refiere, el orador comparte con el Sr. Šturma la necesidad de describir el órgano en cuestión con más detalle. Es importante que se indique claramente qué tipo de órgano puede manifestar el comportamiento en cuestión y en ese sentido bastaría con una descripción relativamente general al estilo «órgano importante» u «órgano principal». Del mismo modo, en aras de la claridad, se debería sustituir la palabra «articular» por una palabra o una expresión que refleje con mayor exactitud lo que se pretende decir. Sir Michael Wood ha formulado varias sugerencias convenientes al respecto. El orador está bastante satisfecho con el párrafo 3 en su versión actual. En cuanto al párrafo 4, el orador discrepa del Sr. Forteau cuando este afirma que debería reemplazarse la expresión «práctica establecida» por «práctica generalmente aceptada». La propuesta del Sr. Forteau tiene el inconveniente de sugerir que esa aceptación es generalizada pero no absoluta. El orador no respalda la propuesta del Sr. Murase de añadir a los párrafos 2 y 3 una condición en el sentido de que el comportamiento de un órgano debe tener lugar en el contexto de las competencias de la organización. Esa adición no añadiría nada al significado actual. Asimismo, en la fase actual de estudio del tema, el orador no ve motivo para sustituir el término «proyecto de conclusión» por el de «proyecto de directriz», tal y como ha sugerido el Sr. Murase.

51. Algunos miembros han propuesto volver a examinar y revisar los proyectos de conclusión que ya han sido aprobados por el Comité de Redacción. A juicio del orador, sería más lógico intentar ajustar los trabajos actuales sobre el tema a lo que ya se ha convenido. Si van a introducirse cambios en los proyectos de conclusión previamente aprobados, sería más conveniente hacerlo durante la segunda lectura. Proceder de manera desordenada solo generaría incertidumbre tanto para el Relator Especial como para la Comisión en su conjunto.

52. En conclusión, el orador está a favor de enviar el proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción.

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

[Tema 1 del programa]

53. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que el Comité de Redacción sobre el tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados estará compuesto por el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Park, el Sr. Šturma, el Sr. Tladi y Sir Michael Wood, junto con el Sr. Nolte (Relator Especial) y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

3262ª SESIÓN

Jueves 4 de junio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, Sr. McRae, 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.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. B, A/CN.4/683, A/CN.4/L.854)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Nolte, Relator Especial para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», a resumir el debate mantenido en torno a su tercer informe (A/CN.4/683).

---

[*] Reanudación de los trabajos de la 3257ª sesión.

2. El Sr. NOLTE (Relator Especial) afirma que el debate ha sido muy enriquecedor y que intentará abordar en su resumen las diferentes cuestiones planteadas. Se felicita por que todos los miembros que han intervenido hayan aprobado la remisión del proyecto de conclusión 11 al Comité de Redacción, si bien toma nota igualmente de las preocupaciones expresadas. Desea tranquilizar al Sr. Tladi, que manifestó su temor de que los trabajos iniciados situasen a la Comisión en un camino que ella misma había descartado seguir, a saber, la creación de nuevas normas de derecho. El orador no tiene intención alguna de ir más allá de los términos del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969; todo lo contrario, se limita a reafirmar los elementos más importantes de la jurisprudencia pertinente, en particular la de la Corte Internacional de Justicia. Es esta jurisprudencia, y no el orador, la que ha establecido que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son «tratados de un determinado tipo». La jurisprudencia de la Corte pone de manifiesto que no ha limitado su análisis al instrumento constitutivo de una organización en un asunto dado, sino que sistemáticamente ha invocado y tenido en cuenta determinadas características comunes a la mayor parte de las organizaciones internacionales. Así pues, no se hace gala de imprudencia, sino que se reafirma la jurisprudencia generalmente aceptada de la Corte que es pertinente a los efectos del tema. El orador asegura igualmente al Sr. Tladi y a Sir Michael Wood que ni los anteriores proyectos de conclusión ni el proyecto de conclusión 11 propuesto en el tercer informe pretenden atribuir a los acuerdos ulteriores y a la práctica ulterior más importancia que al texto, al contexto, al objeto y a la finalidad, a los fines de la interpretación de los tratados. No obstante, no sabe cómo responder a la preocupación expresada por Sir Michael Wood, quien insiste tanto en la necesidad de examinar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el contexto de las normas generales de interpretación de los tratados como en la importancia de no ampliar los trabajos a cuestiones más generales de interpretación de los tratados. Con la excepción del Sr. Tladi y Sir Michael Wood, ningún otro miembro de la Comisión ha planteado esta cuestión, por lo que el orador espera que se pueda resolver a medida que avancen los trabajos. En cualquier caso, el orador conviene con el Sr. Šturma en que, si bien los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son un tipo particular de tratados, no hace falta sobreestimar esta particularidad.

3. Tal y como ha señalado el Sr. Kolodkin, es cierto que el informe se ha basado en mayor medida en la jurisprudencia de los tribunales internacionales que en la práctica de los Estados vinculada con las organizaciones internacionales. Al igual que el Sr. Niehaus, el orador lamenta que solo unos pocos Estados y una organización internacional hayan enviado a la Comisión los ejemplos pertinentes que esta les había solicitado. Consciente del problema en el momento en que elaboró su informe, el orador estimó finalmente que las declaraciones o los ejemplos concretos de la práctica de los Estados serían menos convincentes que las decisiones generalmente aceptadas de los principales tribunales internacionales.

4. En lo que al alcance del informe se refiere, los miembros han aprobado con carácter general las limitaciones propuestas, aunque parece que algunos han entendido erróneamente que estas se aplicaban al tema como tal. Sir Michael Wood y el Sr. Murphy han expresado sus dudas respecto a la idoneidad de tratar la práctica de las organizaciones internacionales propiamente dicha alegando que no está contemplada en el artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. El orador recuerda en este sentido que el alcance del tema está delimitado en su título y en la propuesta inicial relativa al tema aprobada por la Comisión. Cuando, en 2012, esta decidió modificar el marco de los trabajos sobre los tratados en el tiempo y nombrar a un relator especial para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», la Comisión convino, a efectos de la definición del tema, que «deberían presentarse uno o dos informes más, como se había previsto en un principio, sobre la práctica de las organizaciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales nacionales [véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60º período de sesiones (2008)]»[144]. Así, quedó meridianamente claro, desde el inicio de los trabajos, que estos se ocuparían de la práctica de las organizaciones internacionales. La Comisión reconoció asimismo, en su comentario del proyecto de conclusión 5, que la práctica de las organizaciones internacionales podía constituir de por sí un medio de interpretación. La función de la «propia práctica» de las organizaciones internacionales y de sus órganos es precisamente el aspecto del tema que conviene precisar a partir de la jurisprudencia consolidada de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales. A los efectos de este enfoque, respaldado por la mayoría de los miembros, en particular el Sr. Šturma, por «práctica ulterior» se entiende un término genérico que no se limita a la forma concreta de práctica contemplada en el artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena de 1969, sino que incluye además otras prácticas seguidas en la aplicación de un tratado que pueden ser pertinentes para la interpretación de dicho tratado, sin perjuicio de la necesidad de determinar si la práctica en cuestión es realmente pertinente y qué peso puede tener en un asunto concreto. El Sr. Murphy, que ha puesto de manifiesto su preocupación, aceptará, sin duda, que el orador deje a un lado por el momento los tratados aprobados en el seno de una organización internacional por razones puramente prácticas, en el entendimiento de que esta limitación no es definitiva.

5. El hecho de que el tercer informe se ocupe únicamente de los tratados previstos en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 no modifica en ningún caso el alcance del tema. El Sr. Forteau ha estimado que el informe no respeta esta limitación, puesto que hace referencia a decisiones judiciales relativas a los tratados que, en su opinión, están contemplados en la Convención de Viena de 1986 y no en la Convención de Viena de 1969. Si bien el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, incluidos los diferentes acuerdos anexos, constituye un tratado en el sentido del artículo 1 de la Convención de Viena de 1986, también está contemplado por el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 en virtud de su artículo 3 *b* y del artículo 73 de la Convención de Viena de 1986. Es la misma postura que han mantenido los órganos de solución de diferencias de la OMC, que han aplicado

[144] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 82, párr. 238.

los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 a los efectos de la interpretación de los acuerdos de la OMC, también en su aplicación en la Unión Europea. Tal y como ha propuesto Sir Michael Wood, se podría precisar este aspecto en los comentarios. Con todo, si es lo que propone el Sr. Forteau, la Comisión podría no ceñirse estrictamente a los tratados enunciados por el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 y reconocer que se aplican las mismas normas de interpretación a los tratados contemplados por la Convención de Viena de 1986, así como en virtud del derecho internacional consuetudinario.

6. El Sr. Hmoud y otros miembros han convenido en que, tal y como se propone en el informe, la Comisión no debe abordar la interpretación de las decisiones dimanantes de órganos de organizaciones internacionales como tales. Al respecto, el Sr. Park ha planteado la cuestión legítima de cómo distinguir la interpretación de estas decisiones de la determinación del comportamiento pertinente de la organización a los efectos de la interpretación de su instrumento constitutivo. No siempre se puede establecer esa distinción con certeza, pero se podría considerar que no es necesaria en el marco del tema examinado desde el momento en que las decisiones en cuestión sean lo suficientemente claras como para que se pueda determinar en qué medida pueden contribuir a la interpretación del instrumento constitutivo.

7. A la preocupación expresada por el Sr. Park por la dificultad de distinguir las conferencias de Estados partes establecidas por el instrumento constitutivo de una organización internacional de las que no lo son, el orador contesta que, a su juicio, para saber si una conferencia de las partes está o no establecida por dicho instrumento hay que examinar cada caso y que la determinación de los criterios que deben aplicarse a tal fin no entra dentro del objeto y la finalidad del tema.

8. El Sr. Park también ha señalado la dificultad de diferenciar claramente entre el peso de una práctica determinada y su pertinencia a los efectos de la interpretación. El orador opina que los dos aspectos están estrechamente vinculados y comparte con el Sr. Park, el Sr. Kolodkin y el Sr. Peter, particularmente, que la reacción de los Estados miembros es un criterio importante para determinar el peso que se debe atribuir a la «propia práctica» de las organizaciones a los efectos de la interpretación. Tal y como ha observado con acierto el Sr. Kamto, no es fácil determinar el peso que debe atribuirse a los diferentes aspectos o formas de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los fines de la interpretación, pero no es tarea imposible, como ya ha tenido ocasión de demostrar la Comisión. Siguiendo la propuesta del Sr. Kolodkin y la Sra. Jacobsson, esta cuestión podría ser objeto de un nuevo proyecto de conclusión, redactado en términos generales, que tendría en cuenta igualmente las particularidades de los diferentes instrumentos constitutivos.

9. El Sr. Hmoud y otros miembros han coincidido al señalar que la Comisión no debe considerar una forma de «práctica ulterior» pertinente las decisiones de los tribunales o cortes habilitadas por el instrumento constitutivo de una organización internacional para pronunciarse sobre su interpretación. Ahora bien, el Sr. Hmoud ha propuesto que en los futuros comentarios se indique si las interpretaciones que emanan de los órganos habilitados pueden ser invalidadas mediante un acuerdo o una práctica ulterior de otros órganos o de los Estados partes. Se trata de una cuestión interesante, que coincide parcialmente con otra ya abordada en el proyecto de conclusión 7, párrafo 3 (la posibilidad de que la práctica ulterior modifique un tratado), y que podría ser examinada en segunda lectura.

10. Varios miembros han formulado observaciones en torno a los cambios relacionados con los instrumentos constitutivos del ordenamiento jurídico europeo y con la práctica de las partes o los órganos de la Unión Europea. El Sr. Forteau ha estimado que el Relator Especial exageró la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en particular cuando afirmó que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene en cuenta la práctica ulterior de las partes o los órganos de la Unión». El orador precisa al respecto que no fundamenta ese análisis exclusivamente en su propia labor de investigación, sino en una declaración de la propia Unión Europea. Sir Michael Wood y el Sr. McRae, en cambio, han insistido en la naturaleza particular del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que han comparado con el de un Estado. El Sr. Forteau y Sir Michael Wood tienen razón cuando afirman que hay que examinar con prudencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Quizás debería considerarse que la posición que mantiene dicha institución ante los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior es una forma de «norma de la organización» en el sentido del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969. Con todo, no se podría deducir de ello, como parece sugerir el Sr. McRae, que el mero hecho de que un tribunal declare que un instrumento constitutivo determinado crea un «nuevo ordenamiento jurídico» pueda bastar para dejar sin aplicación el artículo 5 de la Convención de Viena, o incluso la Convención en su totalidad, conclusión que varios miembros, entre ellos el Sr. Šturma, han rechazado acertadamente.

11. El orador está de acuerdo con el Sr. Forteau en que se puede interpretar que las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea excluyen simplemente la posibilidad de que una práctica ulterior modifique los tratados constitutivos. No obstante, no hay ningún ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal que establezca de manera positiva que la práctica de los órganos o los Estados miembros deba o pueda ser tenida en cuenta a efectos interpretativos. El ejemplo de la unidad monetaria europea expuesto en los párrafos 59 y 60 del tercer informe, que, en opinión del Sr. Forteau, pone de manifiesto lo contrario, no es un caso en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fuera competente para interpretar los tratados constitutivos de la Unión Europea. Evidentemente, en el futuro, el Tribunal podrá tener en cuenta en mayor medida la práctica de los Estados miembros, e incluso de los órganos de la Unión Europea, y esta posible evolución deberá tener su reflejo en el comentario. Ahora bien, por el momento, parece que el método del Tribunal consiste en interpretar el instrumento constitutivo de una organización internacional sin tener en cuenta los acuerdos ulteriores ni la práctica ulterior de sus órganos y de sus partes. Además, conviene tener presente que, según la fórmula empleada por el Sr. Šturma, tal vez las

instituciones europeas sean las guardianas de los tratados constitutivos, pero los Estados miembros son sus dueños.

12. Varios miembros han puesto en tela de juicio la pertinencia de algunos ejemplos citados en el informe. Por ejemplo, el Sr. Forteau ha estimado que la práctica seguida en el seno de la OACI incide más en el derecho institucional de la organización que en su derecho sustantivo. Sir Michael Wood ha llegado a afirmar que únicamente algunas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden ser consideradas instrumento constitutivo, puesto que la mayoría de las otras se ocupan de aspectos sustantivos del derecho. El Sr. McRae ha expresado un punto de vista análogo a raíz del ejemplo relativo al derecho de la OMC. Todas estas observaciones remiten a una cuestión más general, igualmente traída a colación por el Sr. Kolodkin: el alcance del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969.

13. Este precepto se refiere a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales en general, sin hacer distinción entre los diferentes tipos de disposiciones que contienen dichos instrumentos. Es cierto que los tratados constitutivos contienen numerosas disposiciones consagradas más bien a las obligaciones sustantivas que a la estructura institucional de la organización, pero no por ello son menos «instrumentos constitutivos» que entran en el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969. Además, existen buenas razones por las que el artículo 5 no establece distinción entre las disposiciones institucionales y las disposiciones sustantivas. En efecto, las organizaciones internacionales y sus órganos se encargan con carácter general de interpretar y aplicar las normas sustantivas que rigen sus funciones. Por ejemplo, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[145] remite al derecho sustantivo de la Carta, lo que, como instrumento constitutivo de una organización internacional, no le impide ser considerada generalmente un elemento importante a los efectos de la interpretación de la Carta. De la misma manera, los órganos de la OMC tienen la responsabilidad de aplicar e interpretar el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio y sus anexos, considerados un único compromiso en virtud del artículo II, párrafo 1, del Acuerdo. Igualmente prueba de la unidad de las disposiciones de un tratado constitutivo es el artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969, que exige la aceptación por parte del órgano competente de la organización en cuestión de las reservas relativas al instrumento constitutivo de dicha organización, con independencia de la naturaleza, sustantiva o institucional, de la disposición de que se trate. Todos estos ejemplos ponen de manifiesto que las normas institucionales y las normas sustantivas están estrechamente vinculadas y que no hay que tratar de marcar distinciones artificiales entre ellas. La situación difiere en el caso de las organizaciones internacionales cuya competencia no se ejerce en relación con determinadas disposiciones de su instrumento constitutivo, como lo hace la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos respecto de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que no figuran en la parte XI.

14. El Sr. Forteau pone en tela de juicio que sea pertinente referirse en el tercer informe al Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, que constituye, a su parecer, un acuerdo complementario. Si bien indudablemente tiene razón en este punto, ello no aclara la importancia jurídica que tiene ese acuerdo a los fines de la interpretación de la Convención. Ese instrumento obliga a todos los Estados que son parte en él, pero no constituye un acuerdo ulterior a la Convención en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena de 1969, puesto que no se aplica a todos los Estados partes en la Convención. A diferencia de Sir Michael Wood, que ha indicado que dicho acuerdo es esencialmente un acuerdo que modifica la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el orador no ve cómo podría ese acuerdo tener tal efecto cuando en él no han participado todos los Estados partes en la Convención y no se ha seguido el procedimiento de modificación en ella previsto. Sería más prudente y razonable afirmar que el Acuerdo puede ser un instrumento pertinente a los fines de la interpretación de la Convención y que dicha interpretación puede ser aplicable a las partes en la Convención que no sean parte en el Acuerdo, lo que supone que el Acuerdo sea reconocido como una forma de práctica ulterior seguida por algunas partes en la Convención que puede ser tenida en cuenta, sin ser necesariamente determinante, a los fines de la interpretación de la Convención. Confirman este enfoque numerosos ejemplos, tanto en la práctica como en la doctrina. No se mencionará necesariamente en el comentario, pero el orador deseaba señalarlo a la atención de los miembros.

15. El Sr. McRae ha rebatido la importancia que se da en el tercer informe a la decisión emitida por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*. Si bien ha admitido que, en principio, esta decisión parecía ofrecer una interpretación interesante del concepto de «acuerdos ulteriores», ha considerado que, en ese caso, una disposición del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio fue obviada, en primer lugar, por uno de sus órganos, y en última instancia por el propio Órgano de Apelación, en la medida en que este último suscribió la vulneración cometida por el primer órgano. No obstante, el orador no está convencido de que la decisión del Órgano de Apelación vulnere el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio y que, por tanto, la Comisión no pueda basarse en su contenido. Existen argumentos fundados que vienen a demostrar en realidad que, en el caso en cuestión, no se eludió ni obvió el procedimiento previsto por el Acuerdo. Puede suceder que haya especialistas en derecho de la OMC, como el Sr. McRae, que afirmen lo contrario, pero la Comisión de Derecho Internacional no puede declarar a la ligera que el Órgano de Apelación de la OMC emitió una decisión manifiestamente errónea.

16. Además, el Sr. Forteau ha estimado, reafirmando las reservas que mantiene con respecto al proyecto de

[145] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

conclusión 9, párrafo 1, aprobado por la Comisión en el anterior período de sesiones, que esa decisión del Órgano de Apelación de la OMC parece sustentar sus argumentos. Si bien el orador no estima necesario ni oportuno reabrir, en este punto, el debate sobre esta cuestión, que podrá volverse a examinar en segunda lectura, no considera que esa decisión establezca una distinción entre un entendimiento «exhortativo» y un entendimiento «dotado de efecto jurídico» —además, el Órgano de Apelación de la OMC no utiliza en ningún caso los términos «vinculante» o «dotado de efecto jurídico»—, sino más bien entre un entendimiento «sobre el significado» de un término (sin que necesariamente conlleve efectos jurídicos) y un mero entendimiento «exhortativo». De otro modo, todo acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, sería vinculante para las partes, lo que conferiría a este medio de interpretación un estatus superior al texto, al contexto y al objeto y fin del instrumento a los efectos de la interpretación, tal y como teme el Sr. Tladi.

17. Los miembros de la Comisión han rechazado otros ejemplos que, a falta de tiempo, serán analizados de manera oficiosa o en una fase ulterior de los trabajos.

18. La mayoría de los miembros de la Comisión han considerado útil la distinción que se hace en el informe entre tres formas de práctica y de conducta ulteriores que pueden ser pertinentes a los fines de la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. No obstante, algunos de ellos, como el Sr. Forteau, el Sr. Park y el Sr. McRae, han estimado que el proyecto de conclusión 11 no refleja suficientemente esta tipología. Puede que esa impresión obedezca a que el proyecto de conclusión está formado por cuatro, y no tres, párrafos y que, además, esos cuatro párrafos no siguen el orden en el que se presentan las tres formas de práctica en el informe. De ser así, el Relator Especial no se opone a que el Comité de Redacción modifique o fusione algunos párrafos. En el plano sustantivo, la razón por la que en el proyecto de conclusión no se dedica un párrafo propio a la tercera categoría, es decir, la combinación de la práctica de los órganos y de la práctica de las partes, es que, tal y como ha dicho acertadamente Sir Michael Wood, esas dos prácticas pueden en principio ser tenidas en cuenta en algún caso concreto, sin que ello suponga necesariamente que se conjuguen para formar una tercera categoría. Por ello, parece más prudente tomar como punto de partida dos formas de práctica pertinentes y explicar en otro párrafo o en el comentario, o incluso indicar con la formulación del proyecto de conclusión, que a menudo puede ser necesario apreciar conjuntamente estas dos formas de práctica. De esta forma, también se podría tener en cuenta la preocupación expresada por el Sr. Laraba, el Sr. Niehaus y el Sr. Peter, quienes han dicho tener dificultades para comprender en qué consiste esta tercera categoría.

19. El Sr. Peter ha planteado una cuestión conexa: saber con mayor exactitud cuándo actúan los Estados en su condición de miembros de una organización y de sus órganos y cuándo lo hacen en calidad de partes. El informe remite en este sentido a la práctica de la Unión Europea, cuyo análisis puede ser esclarecedor, y el Comité de Redacción podría plantearse la posibilidad de reconocer en un momento dado una presunción según la cual, en caso de duda y con sujeción a las normas de la organización, los Estados actúan en su condición de miembros.

20. Algunos miembros de la Comisión han preguntado por qué en el proyecto de conclusión 11 se utilizó el concepto de «práctica establecida» («*pratique bien établie*») antes que otros conceptos que se pueden encontrar en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En particular, el Sr. Park ha señalado que, entre los diferentes conceptos similares que figuran en el informe, algunos solo se retomaron en el proyecto de conclusión 11. Existen varios motivos para ello. En primer lugar, la utilización de la expresión «*pratique établie*», en lugar de «*pratique bien établie*», en la versión en francés para traducir la expresión inglesa «*established practice*» obedece a un error de traducción. En segundo lugar, aunque el Relator Especial se ha esforzado por recoger en el informe los distintos términos que aparecen en la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Internacional de Justicia, algunos de estos términos mencionados con fines explicativos, como la expresión «propia práctica de la organización», no están destinados a figurar en el proyecto de conclusión. En tercer lugar, la elección de la terminología viene dada por una razón de fondo. Al igual que el Sr. Park, el Sr. Forteau ha preguntado por qué se decantó el Relator Especial por hablar de «práctica establecida» y no de «práctica generalmente aceptada», opción que habrían preferido. De hecho, la primera expresión está consagrada por el artículo 2, párrafo 1 *j*, de la Convención de Viena de 1986 y ha sido admitida por la propia Comisión en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[146]. Además, el concepto de «práctica generalmente aceptada» adolece de cierta ambigüedad, puesto que se utiliza en el contexto de la determinación del derecho internacional consuetudinario para referirse a una práctica ampliamente aceptada, sin que sea necesariamente aceptada por todos los Estados, por lo que el Relator Especial temía que la utilización de esa expresión llevara a creer, erróneamente, que la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional se rige por modalidades comparables a la determinación del derecho internacional consuetudinario. Con todo, se atendrá a lo que decida la Comisión si esta estima que la expresión «práctica generalmente aceptada» debe figurar en el proyecto de conclusión.

21. La Sra. Jacobsson y otros miembros de la Comisión han convenido en que las consideraciones que preceden no deben llevar a que se excluya la utilización de la expresión «práctica establecida de la organización» en este contexto. Si bien es cierto que esta expresión no ha ocupado hasta el momento un lugar importante en la jurisprudencia, cuenta no obstante con un reconocimiento general. Tal y como ha afirmado el Sr. Forteau, puede ser que la principal función de este concepto sea la de contemplar una fuente oficiosa del derecho derivado de la organización. Ahora bien, de estar «establecido», este derecho derivado oficioso puede servir de medio de interpretación del instrumento constitutivo, lo que se añade a la primera función que desempeña como elemento de las

[146] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

«reglas de la organización». No obstante, tal y como han señalado Sir Michael Wood y el Sr. Peter, el hecho de que se dedique un párrafo específico a esta cuestión, aparte de la mención del papel de la «propia práctica» de la organización, puede dar pie a confusiones. En cualquier caso, tal y como ha dicho el Sr. Hmoud, todo proyecto de conclusión sobre este punto debería indicar que las prácticas divergentes seguidas por distintos órganos o las declaraciones contradictorias provenientes de los diferentes Estados miembros excluyen la formación de una «práctica establecida».

22. El Sr. Forteau ha propuesto que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 remita a la «práctica establecida de la organización» reconociéndola como «norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *c*, de la Convención de Viena de 1969. El orador confiesa que siempre consideró que ese artículo contemplaba normas cuya fuente era ajena al tratado que debía interpretarse e independiente de este. También creía que su objeto era «la integración sistémica» de los tratados en el contexto más amplio del derecho internacional. Además, como ha declarado el propio Sr. Forteau, «la práctica establecida de la organización» es una forma de derecho derivado de la organización, que proviene de su instrumento constitutivo, por lo que la fuente de las normas que fija no es ajena a dicho instrumento. Puede suceder, además, que estas normas no sean, por sí mismas, aplicables entre las partes en sentido estricto, sino solamente de manera indirecta por ser elemento del derecho de la entidad jurídica propia que es la organización internacional en cuestión. El orador puede, pues, estar de acuerdo con el Sr. Forteau en que la «práctica establecida de la organización», como regla de la organización, es en cierta medida «aplicable entre las partes». No obstante, si una norma de este tipo, «interna» con respecto al tratado, entra en efecto en el ámbito de aplicación del artículo 31, párrafo 3 *c*, cabe preguntarse cómo explicaría el Sr. Forteau la existencia de acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*. Dado que él mismo interpreta que tienen necesariamente un efecto jurídico vinculante, estos acuerdos se incardinarían igualmente en el artículo 31, párrafo 3 *c*, lo que llevaría a plantearse la necesidad de distinguir entre los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 3 del artículo 31.

23. Al igual que hace el Sr. Forteau, el orador trata de explicar la pertinencia del comportamiento de la propia organización como medio de interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional. Si para ello no se puede recurrir al artículo 31, párrafo 3 *c*, y no resulta suficiente el artículo 32, en vista de la jurisprudencia existente, la solución podría ser tener en cuenta también esa práctica al determinar el objeto y el fin de una norma con arreglo al artículo 31, párrafo 1. El Sr. Laraba ha explicado su interés en esta solución propuesta en el informe. Aunque, por su parte, el Sr. Park y el Sr. Kolodkin hayan señalado con acierto que carece de precisión, parece difícil articular una solución más explícita y, en cualquier caso, la propuesta podría contribuir a orientar al intérprete. No se trataría de una labor creadora de derecho, como ha sostenido el Sr. Murphy. Con todo, es importante indicar al intérprete que los tribunales internacionales, en particular la Corte Internacional de Justicia, han reconocido la «propia práctica» de la organización como medio de interpretación, aun cuando no hayan explicitado este punto en todos los casos remitiendo a un aspecto preciso de las normas de interpretación, como habría deseado el Sr. Kamto. Habida cuenta de esta situación, convendría que la Comisión orientara al Relator Especial en cuanto a la manera de vincular esta práctica con las categorías tradicionales.

24. El orador dirige su atención a las diversas propuestas de redacción del proyecto de conclusión 11, de las cuales no puede dar cuenta en su integridad, y acoge favorablemente la propuesta del Sr. Forteau, respaldada por Sir Michael Wood y la Sra. Jacobsson, que trata de precisar que todo el proyecto de conclusión se entiende «con sujeción a las normas de la organización». Además, el orador no insiste absolutamente en mantener la expresión «el comportamiento del órgano» de una organización internacional en el párrafo 2. No obstante, considera que la propuesta de que dicho comportamiento puede «generar» un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, está respaldada por la jurisprudencia, si bien reconociendo que la disposición podría formularse de otro modo. En todo caso, con ello no quiere decirse, como parece pensar el Sr. Šturma, que la práctica crearía o podría crear por sí misma un acuerdo pertinente entre los Estados.

25. El Sr. Murase y el Sr. Kolodkin han propuesto hacer hincapié en la «competencia» de la organización internacional y de sus órganos. No parece que eso sea necesario, puesto que existe un principio general del derecho de las organizaciones internacionales claro y bien establecido según el cual las actuaciones de dichas organizaciones solo tienen validez dentro de su ámbito de competencias. No obstante, a fin de tener en cuenta esta preocupación, el orador está dispuesto a utilizar la expresión «órgano competente» en el contexto de la práctica de las organizaciones. En cambio, no está seguro de la conveniencia de la propuesta del Sr. Murphy de mencionar los «reglamentos», puesto que, a diferencia de los reglamentos de las conferencias de los Estados partes, los reglamentos fundamentales de las organizaciones internacionales ya figuran en sus instrumentos constitutivos.

26. El Sr. Forteau, el Sr. McRae, el Sr. Kolodkin, el Sr. Peter y el Sr. Murphy han insistido en que se podía entender que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, aprobado provisionalmente[147], excluía la práctica de las organizaciones internacionales. Por ello, han propuesto precisar que deba entenderse «con sujeción al proyecto de conclusión 11». Si, como ha subrayado el Sr. Niehaus, conviniera esta modificación, debería llevarse a cabo al concluir la primera lectura o en el transcurso de la segunda lectura del proyecto de conclusiones. Este punto, que ya figura en el comentario del proyecto de conclusión 5, podría explicarse más adelante en el comentario del proyecto de conclusión 11. Del mismo modo, podría examinarse también en una etapa posterior de los trabajos, si procede, la propuesta del Sr. Forteau de volver a estudiar el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4 y el párrafo 3 del proyecto de conclusión 6.

[147] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 37.

27. Por último, el orador ha observado que el Sr. Murase deseaba modificar la designación del resultado final de los trabajos de la Comisión, pero considera que, si bien el término «conclusiones» remite a enunciados puramente fácticos, también puede contemplar enunciados normativos. Por ello, al igual que el Sr. Niehaus, el Relator Especial opina que no es necesario reabrir el debate al respecto, como tampoco el debate acerca del resultado de los trabajos de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

28. Para concluir, el orador dice que las declaraciones de numerosos miembros de la Comisión a lo largo del debate han parecido estar motivadas por el temor subyacente de que se ponga en tela de juicio la función primordial de los Estados en la interpretación de los tratados dándole a las organizaciones internacionales un papel exagerado. Al orador le han sorprendido estos temores, ya que ha tenido cuidado de mantenerse fiel a la jurisprudencia internacional, en particular la de la Corte Internacional de Justicia. Lo que es más, ha evitado adoptar un enfoque «constitucionalista» de la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales o cualquier otro enfoque teórico que no estuviera bien establecido. El orador reafirma la primacía de los Estados en lo que se refiere a la interpretación correcta y el desarrollo de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales y espera que los miembros de la Comisión adopten un punto de vista equilibrado que tenga en cuenta plenamente la práctica judicial aceptada.

Se levanta la sesión a las 10.45 horas.

3263ª SESIÓN

Viernes 5 de junio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Kolodkin, Sr. Laraba, 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.

Crímenes de lesa humanidad (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/680, A/CN.4/L.853)

[Tema 10 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) presenta los títulos y el texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados por el Comité de Redacción y recogidos en el documento A/CN.4/L.853, que dicen lo siguiente:

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Proyecto de artículo 2. Obligación general

Los crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

Proyecto de artículo 3. Definición de crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) asesinato;

b) exterminio;

c) esclavitud;

d) deportación o traslado forzoso de población;

e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) tortura;

g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;

i) desaparición forzada de personas;

j) el crimen de *apartheid*;

k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

[*] Reanudación de los trabajos de la 3258ª sesión.

f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) Por «el crimen de *apartheid*» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional.

Proyecto de artículo 4. Obligación de prevención

1. Cada Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas:

a) Adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control; y

b) Cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, como un conflicto armado, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad.

2. El Comité de Redacción dedicó cuatro sesiones, del 28 de mayo al 2 de junio de 2015, al examen de los proyectos de artículo sobre el tema de los crímenes de lesa humanidad. Examinó los dos proyectos de artículo propuestos inicialmente por el Relator Especial en su primer informe (A/CN.4/680), junto con una serie de enmiendas que respondían a las sugerencias hechas o las preocupaciones expresadas durante el debate en sesión plenaria. El Comité de Redacción ha aprobado provisionalmente un total de cuatro proyectos de artículo sobre ese tema durante el período de sesiones en curso.

3. El orador elogia al Relator Especial, cuyo dominio del tema, guía y actitud cooperativa han facilitado enormemente la labor del Comité de Redacción. También desea dar las gracias a los miembros del Comité de Redacción y la Secretaría por la labor llevada a cabo, así como al Sr. Tladi, que presidió la primera reunión del Comité de Redacción.

4. En relación con los proyectos de artículo, el orador recuerda que, durante el debate en sesión plenaria, los miembros subrayaron la necesidad de redactar un primer proyecto de artículo en el que se abordase el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Además, se señaló que el proyecto de artículo 1 original no estaba equilibrado, ya que pretendía tratar los aspectos relativos tanto a la prevención como a la sanción, y que podría dividirse en dos proyectos de artículo independientes. Por consiguiente, el Relator Especial propuso al Comité de Redacción un nuevo proyecto de artículo, titulado «Ámbito de aplicación», que ha sido aprobado provisionalmente como proyecto de artículo 1. También sugirió que el proyecto de artículo 1 original se dividiera en dos proyectos de artículo, que han sido aprobados provisionalmente como proyectos de artículo 2 y 4. El anterior proyecto de artículo 2 se ha mantenido en gran medida en su redacción original, pero ha sido aprobado provisionalmente como proyecto de artículo 3.

5. El proyecto de artículo 1 se basa en el modelo habitualmente seguido por la Comisión en su labor, incluido el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996[148]. El Comité de Redacción consideró que el proyecto de artículo solo debía mencionar los elementos que quedaran estrictamente englobados en el ámbito de aplicación del proyecto. El título del proyecto, «Crímenes de lesa humanidad», es bastante general, y el Comité de Redacción consideró oportuno aclarar desde el principio que el proyecto de artículos se aplica a «la prevención y sanción» de esos crímenes. Como pusieron de relieve el Relator Especial y varios miembros de la Comisión durante el debate en sesión plenaria, ya existe un marco jurídico para hacer frente a los crímenes de lesa humanidad, compuesto por una serie de convenios internacionales, leyes nacionales e instrumentos de la Comisión, así como por los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales y cortes penales internacionales. El Comité de Redacción consideró que el propósito del proyecto de artículos no era reemplazar, sino complementar, ese marco, colmando las lagunas existentes en cuestiones relacionadas con la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, el proyecto de artículo 1 destaca que el proyecto de artículos se centrará en la prevención y sanción de esos crímenes, los dos aspectos principales en los que se profundizará en futuros informes y en los proyectos de artículo correspondientes, en particular en relación con el fomento de la capacidad en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales y la promoción de la cooperación interestatal.

6. El proyecto de artículo 2, titulado «Obligación general», se basa en el proyecto de artículo 1, párrafo 1, que figura en el primer informe. El objetivo de esa disposición es establecer una obligación general aplicable a todo el proyecto de artículos, no solo al aspecto relativo a la prevención. Por lo tanto, la obligación merece su propio proyecto de artículo. El Comité de Redacción convino en que la obligación general de prevenir y sancionar debe llevarse a efecto mediante obligaciones específicas de prevención y sanción que se expondrán con más detalle en futuros proyectos de artículo.

7. El proyecto de artículo 2 establece que «[l]os crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y

[148] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

sancionar». Se ha empleado la expresión «se comprometen a prevenir y sancionar» en lugar de «prevendrán y sancionarán», en consonancia con la obligación enunciada en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. A este respecto, además, hay que tener en cuenta que, en el fallo dictado en 2007 en relación con 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)*, al interpretar el artículo I de la Convención sobre el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia señaló que el sentido corriente del término «comprometerse» era prometer formalmente, obligarse, asumir un compromiso, hacer una promesa, pactar y aceptar una obligación (párr. 162 del fallo).

8. El proyecto de artículo 2 califica los crímenes de lesa humanidad como «crímenes según el derecho internacional», una expresión similar a la utilizada por la Comisión, en particular, en el artículo 1, párrafo 2, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996. El concepto de «crímenes según el derecho internacional», que ha evolucionado desde el Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Núremberg), engloba los denominados «crímenes más graves», a saber, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. El uso de esa expresión indica que el concepto de crímenes de lesa humanidad se basa en el derecho internacional consuetudinario, independientemente de su reconocimiento en el derecho interno, como se reconoce en el principio I de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg), aprobados por la Comisión en 1950, en el que se establece que «[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción»[149]. El Comité de Redacción se ha planteado si sería oportuno describir los crímenes de lesa humanidad en el proyecto de artículo como uno de los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», pero ha decidido que esa fórmula encajaría mejor en un preámbulo o una introducción.

9. En cuanto a la expresión «cometidos o no en tiempo de conflicto armado», el Comité de Redacción ha considerado que es importante mantener esa parte de la propuesta inicial del Relator Especial, habida cuenta de la evolución de la definición de los crímenes de lesa humanidad. Como se explica en el primer informe, esos delitos se vincularon inicialmente a la existencia de un conflicto armado en el contexto del Tribunal de Núremberg. El derecho internacional consuetudinario ha evolucionado desde entonces, y ahora está claramente establecido que esa vinculación no es necesaria. Además, tras el debate mantenido en sesión plenaria, el Relator Especial propuso que la expresión obsoleta «estado de guerra o amenaza de guerra» se sustituyera por «conflicto armado», en consonancia con el derecho internacional contemporáneo. El verbo «confirman», retomado de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tampoco se ha utilizado en el proyecto de artículo por razones similares. Por último, a la luz del debate sobre el resultado del tema, el Relator Especial manifestó su preferencia por «Estados» en lugar de «Estado parte», a fin de no prejuzgar la recomendación final de la Comisión en esta materia.

10. El proyecto de artículo 3, titulado «Definición de crímenes de lesa humanidad», corresponde al proyecto de artículo 2 que figura en el primer informe. Los párrafos 1, 2 y 3 establecen la definición de crímenes de lesa humanidad y reproducen básicamente los términos del artículo 7 del Estatuto de Roma. Hubo acuerdo general en la sesión plenaria y en el Comité de Redacción en que la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el Estatuto de Roma no debía ser modificada por la Comisión en su labor sobre el tema; no obstante, se han introducido tres cambios no sustantivos. En primer lugar, el párrafo 1 del proyecto de artículo comienza con las palabras «[a] los efectos del presente proyecto de artículos», mientras que el Estatuto de Roma lo hace con la expresión «[a] los efectos del presente Estatuto». En segundo lugar, el acto de persecución enunciado en el párrafo 1 *h* del proyecto de artículo se refiere a cualquier acto «en conexión con […] el crimen de genocidio o crímenes de guerra», mientras que el Estatuto de Roma se refiere a «cualquier crimen de la competencia de la Corte». En tercer lugar, el párrafo 3 del proyecto de artículo empieza con las palabras «[a] los efectos del presente proyecto de artículos» y no con la expresión «[a] los efectos del presente Estatuto», como el Estatuto de Roma.

11. El párrafo 4 es una nueva disposición basada en una propuesta formulada durante el debate en sesión plenaria que recibió un amplio apoyo. Su propósito es indicar que la definición empleada en el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de cualquier definición general establecida en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales existentes, ni de la adopción de una definición más amplia en instrumentos internacionales o leyes nacionales futuros. Tras observar que el artículo 10 del Estatuto de Roma y el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes tienen cláusulas parecidas, el Comité de Redacción consideró que era apropiado utilizar la expresión «instrumento internacional», pues es más amplia que «acuerdos internacionales vinculantes» y abarca también las declaraciones no vinculantes de los Estados.

12. Aunque el Comité de Redacción se ha mostrado a favor de incluir el párrafo 4, también ha señalado que, en su opinión, en el preámbulo o en la introducción del proyecto de artículos se debería indicar que uno de los principales objetivos del proyecto de artículos es la armonización de la legislación nacional, que podría servir de base para la cooperación internacional en el futuro. Cabe señalar que ningún elemento empleado en una ley nacional que se añada a la definición que figura en el proyecto de artículos quedará comprendido en el ámbito de aplicación de dicho proyecto. También se ha señalado que la posición del párrafo 4 podría examinarse en una fase ulterior de la labor de la Comisión sobre el tema.

13. El proyecto de artículo 4, titulado «Obligación de prevención», se basa en el proyecto de artículo 1, párrafos 2

[149] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

y 3, que figura en el primer informe. El propósito del proyecto de artículo 4 es enunciar los diversos elementos que promueven colectivamente la prevención de los crímenes de lesa humanidad. El encabezamiento del párrafo 1 establece la obligación específica de los Estados de prevenir los crímenes de lesa humanidad y el verbo «se compromete» se ha empleado en aras de la coherencia con el proyecto de artículo 2. Ese compromiso significa que los Estados deben abstenerse de cometer crímenes de lesa humanidad, habida cuenta de que, 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 señaló que el crimen de genocidio es un «crimen según el derecho internacional». Ello también significa que los Estados deben emplear los medios a su alcance para impedir que las personas o los grupos que no están directamente sometidos a su autoridad cometan crímenes de lesa humanidad. El Comité de Redacción ha considerado oportuno incluir en el encabezamiento otro aspecto importante, a saber, el de comprometerse a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional. Por consiguiente, las medidas que adopten los Estados para cumplir esa obligación deben estar en consonancia con las normas existentes de derecho internacional; en otras palabras, los Estados no pueden escudarse en la obligación de prevención establecida en el proyecto de artículos para justificar la violación de las normas vigentes, en particular las relativas al uso de la fuerza.

14. El párrafo 1 *a*, que describe una serie de medidas concretas que los Estados deben adoptar para cumplir la obligación de prevenir, se inspira en lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Establece que esas medidas deben ser adoptadas por el Estado «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control», una expresión que engloba tanto el territorio *de iure* del Estado como el territorio bajo su control *de facto*.

15. El párrafo 1 *b*, que aborda la cuestión de la cooperación, se ha incluido en vista del consenso general surgido durante el debate en sesión plenaria sobre la importancia de la cooperación como un aspecto de la obligación de prevención. Hace hincapié en que los Estados deben cooperar entre sí y con las organizaciones intergubernamentales pertinentes. La pertinencia de cada organización intergubernamental dependerá, entre otras cosas, de las funciones de la organización, la relación del Estado con esa organización y el contexto en que surja la necesidad de cooperación. El párrafo 1 *b* también destaca que los Estados deben cooperar, según proceda, con otras organizaciones. Entre esas organizaciones figuran las organizaciones no gubernamentales que pueden desempeñar un papel importante en la prevención de los crímenes de lesa humanidad cometidos en determinados países. La expresión «según proceda» se emplea para indicar que la obligación de cooperación, además de tener carácter contextual, no se aplica a esas organizaciones en la misma medida que a los Estados y las organizaciones intergubernamentales pertinentes.

16. El proyecto de artículo 4, párrafo 2, se basa en el proyecto de artículo 1, párrafo 3, que figura en el primer informe y reproduce lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La ventaja de esa formulación con respecto a los crímenes de lesa humanidad es que está redactada de manera que se refiere a la conducta tanto de los Estados como de los agentes no estatales. El texto se ha pulido para adaptarlo mejor al contexto de los crímenes de lesa humanidad. Como en el proyecto de artículo 2, la expresión obsoleta «estado de guerra o amenaza de guerra» se ha reemplazado por «conflicto armado». El Comité de Redacción también ha considerado que es más apropiado emplear en la versión inglesa la expresión «*such as*» (tales como) en lugar de «*whether*» (como) para destacar que los ejemplos citados no pretenden ser exhaustivos. El Comité de Redacción ha debatido cuál es la ubicación idónea para ese párrafo, en particular si es preferible incorporarlo al proyecto de artículo 2 o incluirlo como disposición separada. Tras un amplio debate, se ha acordado dejar la cuestión en suspenso hasta que se avance en el tema, ya que, hasta la fecha, el alcance de la disposición solo se ha abordado en el contexto de la prevención.

17. Por último, el orador espera que la Comisión considere oportuno aprobar los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad que figuran en el documento A/CN.4/L.853.

Proyectos de artículo 1 a 3

Quedan aprobados los proyectos de artículo 1 a 3.

Proyecto de artículo 4

18. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que la redacción del texto español no es del todo precisa y debe ajustarse al texto francés. Presentará una propuesta en ese sentido tras celebrar consultas con los miembros de la Comisión de habla hispana.

19. El Sr. KOLODKIN dice que el texto ruso también debería ajustarse a la versión francesa.

Queda aprobado el proyecto de artículo 4, sin perjuicio de las modificaciones necesarias que se introduzcan en las versiones española y rusa.

20. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar el informe del Comité de Redacción sobre los crímenes de lesa humanidad que figura en el documento A/CN.4/L.853, en su totalidad, sin perjuicio de las modificaciones editoriales necesarias en las versiones española y rusa del proyecto de artículo 4.

Así queda acordado.

Homenaje a George Korontzis, Secretario de la Comisión, con motivo de su jubilación

21. El Sr. PETRIČ desea expresar su profundo agradecimiento al Sr. Korontzis por la manera amistosa, tranquila y profesional en que ha desempeñado sus funciones. Le desea un futuro lleno de éxitos y una jubilación larga y feliz.

22. El PRESIDENTE dice que el Sr. Korontzis ha tenido una larga y destacada carrera de jurista internacional.

Después de trabajar como asesor jurídico en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Grecia, en 1987 el Sr. Korontzis se incorporó a la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas. En 1995, pasó a formar parte de la División de Codificación y, desde entonces, ha sido uno de los miembros más destacados al servicio de la Comisión. Desde que se convirtiera en su Secretario en 2013, se ha apoyado en su dilatada experiencia para guiar a la Comisión con su competencia y sabiduría de jurista internacional y diplomático. Su gran conocimiento de la labor sustantiva, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión ha permitido que esta funcione sin trabas y de manera eficaz. Ha sido un elemento crucial de los logros alcanzados por la Comisión en los últimos 20 años, y todos los miembros le echarán mucho de menos. En nombre de la Comisión, el Presidente agradece al Sr. Korontzis su profesionalidad y dedicación al servicio de las Naciones Unidas, y le desea todo lo mejor en su jubilación, así como el mayor de los éxitos en sus futuras empresas.

23. El Sr. HASSOUNA cree que el Presidente ha expresado con precisión el sentimiento de todos los miembros de la Comisión en relación con la despedida del Sr. Korontzis. Desea agradecerle sinceramente su ardua labor en la Secretaría, entre bastidores, que ha contribuido en gran medida al buen funcionamiento de la Comisión. Le desea una larga y feliz jubilación.

24. El Sr. KORONTZIS (Secretario de la Comisión) dice que se siente abrumado por las amables palabras y elogios que ha recibido de todos los miembros de la Comisión y está sumamente agradecido por la gentileza que le han mostrado. Los recuerdos más felices que guarda de su larga carrera en las Naciones Unidas están indefectiblemente vinculados a la Comisión de Derecho Internacional. La Comisión es un órgano único, cuyos miembros comparten la pasión por el derecho internacional. En cierto modo, esa pasión parece una religión, ya que engloba las aspiraciones eternas de la humanidad al derecho y la justicia universales. Los textos sagrados de esa religión han sido elaborados discretamente, con devoción y celo por la Comisión durante casi 70 años a orillas del lago de Ginebra y se han convertido en los pilares de la estructura del derecho internacional. Le gusta imaginar esa estructura como un templo y a los miembros de la Comisión, como sumos sacerdotes. Siempre estará agradecido y orgulloso de haber sido un humilde servidor en ese templo glorioso y espléndido.

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

[Tema 1 del programa]

25. Tras el acostumbrado intercambio de cortesías, el PRESIDENTE declara clausurada la primera parte del 67º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Se levanta la sesión a las 10.50 horas.

[*] Reanudación de los trabajos de la 3261ª sesión.

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE DEL 67º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 6 de julio al 7 de agosto de 2015

3264ª SESIÓN

Lunes 6 de julio de 2015, a las 15.05 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

La cláusula de la nación más favorecida (A/CN.4/678, cap. II, secc. H[150], A/CN.4/L.852[151])

[Tema 5 del programa]

INFORME FINAL DEL GRUPO DE ESTUDIO

1. El PRESIDENTE invita al Sr. McRae, Presidente del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida, a presentar el informe final del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.852).

2. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida) dice que el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida se reunió el 12 de mayo de 2015 para proceder a un examen técnico de su proyecto de informe final. Las observaciones formuladas durante esa reunión se han incorporado a la versión final del informe.

3. El informe final consta de cinco partes. En la primera parte, el Grupo de Estudio hace un repaso histórico del tema: recuerda, entre otras cosas, los orígenes y el propósito de la labor del Grupo de Estudio y examina la labor previa de la Comisión en relación con el proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida (NMF)[152] y la evolución posterior a 1978, en particular en el ámbito de las inversiones, dado que su propósito general no ha sido revisar el proyecto de artículos de 1978 ni elaborar un nuevo proyecto de artículos. Presenta asimismo, en esta misma parte, el análisis de las disposiciones NMF por otros órganos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

4. En la segunda parte, el Grupo de Estudio pone de manifiesto la pertinencia actual de las cláusulas NMF y los problemas de interpretación que suscitan, en particular en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), los acuerdos de la OMC y otros acuerdos de comercio y tratados de inversión. Examina además los tipos de cláusulas NMF en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y destaca las cuestiones interpretativas que se han planteado en relación con esos tratados respecto de los puntos siguientes: *a*) la definición del beneficiario de la cláusula NMF; *b*) la definición del trato necesario; y *c*) la determinación del alcance de la cláusula.

5. En la tercera parte, el Grupo de Estudio analiza: *a*) las consideraciones de política general en la interpretación de los acuerdos sobre inversiones, teniendo en cuenta la asimetría en las negociaciones de los TBI y la especificidad de cada tratado; *b*) las repercusiones del arbitraje «mixto» como modo de solución de las controversias en materia de inversiones; y *c*) la pertinencia actual del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF.

6. En la cuarta parte, el Grupo de Estudio ofrece orientaciones para la interpretación de las cláusulas NMF. Define un marco para aplicar adecuadamente los principios de la interpretación de los tratados a las cláusulas NMF. Examina los diferentes enfoques adoptados en la jurisprudencia con respecto a la interpretación de las disposiciones NMF de los tratados de inversión, abordando, en particular, las tres cuestiones centrales siguientes: *a*) ¿son las disposiciones NMF susceptibles de ser

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

[151] Ídem.

[152] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 17 y ss., párr. 74.

aplicadas, en principio, a las disposiciones de solución de controversias de los TBI?; *b*) ¿afectan a la competencia de un tribunal las condiciones fijadas en los TBI respecto a qué disposiciones de solución de controversias pueden ser invocadas por los inversores?; *c*) al determinar si una disposición NMF de un TBI se aplica a las condiciones para invocar la solución de controversias, ¿qué factores son pertinentes en el proceso de interpretación?

7. En esa parte también se examinan las diferentes reacciones de los Estados ante la decisión dictada en el caso *Maffezini*, tal como se desprenden de su práctica convencional, por ejemplo, la aplicabilidad o inaplicabilidad explícitas de la cláusula NMF a las disposiciones relativas a la solución de controversias, o la enumeración explícita de las esferas en que se aplica.

8. En la cuarta parte, el Grupo de Estudio aporta su contribución más notable. Por último, en la quinta parte, presenta unas conclusiones generales, en las que destaca que las cláusulas NMF mantienen intacto su carácter desde el momento en que se concluyó el proyecto de artículos de 1978 y que las disposiciones fundamentales del proyecto de artículos de 1978 siguen constituyendo la base para la interpretación y la aplicación de las cláusulas NMF en la actualidad. Añade, sin embargo, que no resuelven todas las cuestiones de interpretación que pueden surgir con las cláusulas NMF.

9. El Grupo de Estudio desea poner de relieve a este respecto que las técnicas de interpretación examinadas en el informe tienen por objeto ayudar a la interpretación y aplicación de las disposiciones NMF. Subraya en particular la importancia y la pertinencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión. La interpretación de las cláusulas NMF debe llevarse a cabo tomando como base las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969. El Grupo de Estudio indica además que la cuestión interpretativa central respecto de las cláusulas NMF guarda relación con el alcance de la cláusula y la aplicación del principio *eiusdem generis*. Es decir, el alcance y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse de acuerdo con una cláusula NMF dependen de la interpretación de la propia cláusula NMF.

10. El Grupo de Estudio señala asimismo que la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones relativas a la solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, en lugar de limitarlas a las obligaciones sustantivas, introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y quizás produjo unas consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión. Con todo, sigue tratándose de una cuestión de interpretación de los tratados. En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de controversias. Una formulación explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias. De otro modo, corresponderá a los tribunales de solución de controversias interpretar las cláusulas NMF caso por caso.

11. Para terminar, el Sr. McRae dice que el Grupo de Estudio desea que la Comisión apruebe su informe final y lo incorpore en un anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en el presente período de sesiones[153].

12. El Sr. CANDIOTI pregunta si el Grupo de Estudio tiene el propósito de presentar recomendaciones a la Comisión. Opina que el informe se debería comunicar a los Estados Miembros.

13. El Sr. NOLTE pregunta qué entiende el Grupo de Estudio por «aprobar», y si la aprobación del informe equivaldría a su adopción.

14. El Sr. McRAE dice que el Grupo de Estudio no pretende formular recomendaciones ni directrices y que el informe final solo incluye unas conclusiones que proporcionan orientaciones para la interpretación de las cláusulas NMF. En cuanto al término «aprobación», aclara que se trata de que la Comisión apruebe el informe y lo haga suyo.

15. El Sr. KITTICHAISAREE recuerda que, con ocasión del examen del informe final sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)[154], la Comisión se planteó la cuestión de si debía tomar nota del informe o aprobarlo, y decidió examinarlo y aprobarlo párrafo por párrafo. En lo que concierne al informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula más favorecida, también tiene que elegir.

16. En vista de la importancia del tema examinado, el orador estima que la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como lo hizo con respecto al informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere, aut judicare*), aprobado en el período de sesiones anterior, no solo debe tomar nota del informe final sobre la cláusula de la nación más favorecida, sino también pedir que se le dé la mayor difusión posible entre los Estados y las partes interesadas.

17. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a aprobar el informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula más favorecida y a incorporarlo en un anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en el presente período de sesiones.

18. El Sr. NOLTE señala que lo que parece propugnar el Sr. McRae es que la Comisión apruebe las conclusiones del informe final y aduce que no es lo mismo aprobar esas conclusiones que aprobar el informe en su totalidad. Estima que una decisión sobre el informe sería prematura.

19. El Sr. PARK pregunta cómo se desarrolló el procedimiento de aprobación del informe final sobre la fragmentación del derecho internacional[155].

20. El Sr. CANDIOTI observa que los miembros de la Comisión no han tenido tiempo suficiente para examinar el informe final, que se les acaba de presentar. Recuerda

---

[153] *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte).

[154] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 100 a 114, párr. 65.

[155] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 193 a 202, párrs. 241 a 251.

que la Comisión desgraciadamente no tuvo tiempo de examinar al detalle el informe final del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, que por consiguiente no fue aprobado en su totalidad. Propone que se aplace una semana la aprobación del informe, a fin de que los miembros de la Comisión puedan examinarlo minuciosamente antes de pronunciarse.

21. El Sr. McRAE apoya al Sr. Candioti y dice que ese aplazamiento permitiría también a los miembros llegar a un consenso sobre la conveniencia de aprobar las conclusiones del informe o el informe en su totalidad.

22. El PRESIDENTE entiende que los miembros de la Comisión desean aplazar la aprobación del informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida.

Así queda acordado.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados[156] (A/CN.4/678, cap. II, secc. F[157], A/CN.4/685[158], A/CN.4/L.870[159])

[Tema 8 del programa]

Segundo informe de la Relatora Especial

23. El PRESIDENTE invita a la Sra. Jacobsson, Relatora Especial del tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados» a presentar su segundo informe (A/CN.4/685).

24. La Sra. JACOBSSON (Relatora Especial) recuerda que el informe preliminar que presentó a la Comisión en su período de sesiones anterior ofrecía una sinopsis introductoria de las normas y los principios relativos al medio ambiente aplicables en caso de posible conflicto armado («obligaciones en tiempo de paz»)[160].

25. En su segundo informe, que tiene como finalidad determinar cuáles son las normas existentes relativas a los conflictos armados que hacen referencia directa a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, la Relatora Especial examina, pues, esas normas y propone además un «preámbulo» y cinco proyectos de principio, reproducidos en el anexo I. Estima que el párrafo titulado «Términos empleados», que figura en el preámbulo y cuya utilidad no le parece bien fundada, no debería remitirse al Comité de Redacción. Aun así, sería prematuro suprimirlo, y confía en que los próximos debates le permitan formarse una opinión al respecto.

26. Tras considerar diferentes opciones, la Relatora Especial ha decidido presentar unos proyectos de principio, en vez de unos proyectos de conclusión, unas directrices o incluso unos proyectos de artículo. En efecto, el término «directrices» podría inducir a pensar que determinadas partes no reflejan el derecho existente, sino que más bien tienen como objetivo orientar la acción de los Estados. Además, el CICR ha publicado ya unas Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares[161], que no deben ser confundidas con los trabajos de la Comisión. Por otro lado, el término «conclusiones» parece demasiado definitivo y ofrece menos margen para abordar las medidas de prevención y la cooperación. En cuanto a los «proyectos de artículo», se trata de una solución que no cuenta con la aprobación de todos, al menos por ahora.

27. El segundo informe consta de nueve capítulos. Los dos primeros tienen carácter introductorio y presentan el objeto del informe, así como el método y las fuentes utilizados a efectos de su elaboración. Comprenden asimismo una breve síntesis de los debates celebrados por la Comisión el año anterior.

28. Los capítulos tercero a quinto presentan la práctica de los Estados, así como sus opiniones tal como han sido expresadas en los debates de la Sexta Comisión y en sus respuestas a las preguntas formuladas por la Comisión. El quinto capítulo versa sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. El sexto capítulo está dedicado a la jurisprudencia y el séptimo, al derecho aplicable durante los conflictos armados. Este capítulo incluye un análisis de las disposiciones convencionales directamente aplicables y los principios pertinentes del derecho de los conflictos armados. En él también se examinan el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[162] y los manuales sobre el derecho internacional aplicable en los conflictos armados. El octavo capítulo trata de las zonas protegidas y el noveno y último está dedicado al programa de trabajo futuro. La propuesta de preámbulo se reproduce en el anexo I, al igual que los cinco proyectos de principio. El proyecto de principio 4, sobre las represalias, habría podido figurar en otra parte del informe, pero la Relatora Especial decidió finalmente incluirlo en el séptimo capítulo, que es donde se examina la cuestión de las represalias. Por último, en el anexo II figura una bibliografía. En esta fase de los trabajos, la Relatora Especial ha optado por no multiplicar las notas, que le parecen ser ya bastante numerosas y largas, pero, si la Comisión decide aprobar los proyectos de principio, se incluirán referencias específicas a la doctrina en los comentarios.

29. Volviendo a las opiniones expresadas sobre el tema por una treintena de Estados durante el debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General de 2014, la Relatora

[156] En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados» en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson, *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 78, párr. 131. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el informe preliminar presentado por la Relatora Especial, *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674.

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

[158] Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).

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

[160] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, pág. 223, párr. 49.

[161] A/48/269, anexo.

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

Especial dice que muchas delegaciones subrayaron la importancia del tema y que varias hicieron declaraciones sobre el fondo. Tres delegaciones manifestaron algunas inquietudes con respecto a la viabilidad del estudio del tema. Fueron muchas las delegaciones que aprobaron el enfoque temporal y que convinieron en que no era posible delimitar estrictamente las tres fases (antes y después del conflicto armado y durante el mismo). Algunas volvieron a poner en duda la posibilidad de aplicar el método temporal y una delegación señaló que en su lugar se podría adoptar un enfoque temático. Algunas delegaciones observaron que la Comisión debería emprender una labor de desarrollo progresivo en caso de que el régimen de protección existente resultara insuficiente.

30. Varias delegaciones acogieron positivamente el enfoque adoptado por la Relatora Especial en cuanto a la definición y la delimitación del alcance del tema, mientras que otras estimaron que el tema no debería limitarse en exceso. Muchas delegaciones plantearon la cuestión de si convenía tratar la protección del patrimonio cultural y natural en el marco del tema. Además, hubo opiniones diversas acerca del alcance exacto del tema, en particular sobre la cuestión de si cabía examinar las cuestiones relativas a los derechos humanos, los pueblos indígenas, los refugiados, los desplazados internos y el efecto de las armas en el medio ambiente. En definitiva, las observaciones hechas por los Estados en la Sexta Comisión eran en muchos aspectos similares a las que los miembros de la Comisión de Derecho Internacional habían formulado en el período de sesiones anterior. La Relatora Especial ha procurado tenerlas en cuenta en su segundo informe.

31. Han sido 11 los Estados que han respondido por escrito a la petición de información que figuraba en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones[163]. Aun cuando algunas respuestas se recibieron tras la expiración del plazo señalado, la Relatora Especial las ha tenido en cuenta. Reproduce en el informe las respuestas de los Estados y la información que han proporcionado con respecto a su práctica (en particular sobre su legislación y sus políticas) tal como las ha recibido, sin tratar de explicitarlas. Invita a los miembros de la Comisión que quieran hacer alguna pregunta a consultar los documentos originales depositados en la secretaría o dirigiéndose a ella misma.

32. La información incluida en las respuestas de los Estados y en sus declaraciones es muy heterogénea. Algunos Estados han facilitado información general sobre su legislación relativa al medio ambiente, mientras que otros han hecho referencia a determinadas disposiciones que imponen a las fuerzas de defensa la obligación de proteger el medio ambiente en el marco de sus operaciones cotidianas; otros en fin han aludido a las obligaciones que les incumben en materia de protección del medio ambiente en virtud de su Constitución. Las normas de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) fueron mencionadas por varios Estados, que no eran necesariamente miembros de dicha organización. Otros Estados se han contentado con hacer referencia a las obligaciones contraídas a tenor de la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) o también su código penal. Es difícil extraer de esas informaciones una tendencia general concerniente a la práctica de los Estados, pero aun así se pueden deducir dos enseñanzas. La primera es que la mayoría de las normas sobre las obligaciones militares en tiempo de paz (planificación, formación) son recientes. La segunda es que la normativa medioambiental desempeña un papel cada vez mayor en la conducción de operaciones multilaterales.

33. Por lo que respecta a la jurisprudencia analizada en el segundo informe, la Relatora Especial ha debido limitarse, para encontrar ejemplos pertinentes, a las causas en las que el órgano jurisdiccional ante el que se había incoado el procedimiento aplicó las disposiciones del derecho internacional humanitario convencional garantizando, directa o indirectamente, la protección del medio ambiente en período de conflicto armado o consideró, expresa o tácitamente, que existía una conexión entre conflictos armados y protección del medio ambiente. Si el análisis de esos precedentes resulta difícil, ello se debe particularmente a que obliga a hacer una distinción entre bienes, medios de subsistencia, naturaleza, tierras y recursos naturales. La cuestión es especialmente importante cuando afecta a pueblos indígenas. Existe a este respecto una conexión evidente con los derechos humanos, a la que habrá que volver en el tercer informe.

34. El capítulo del segundo informe titulado «Derecho aplicable durante los conflictos armados» gira en torno a los tratados fundamentales que se refieren expresamente a la protección del medio ambiente. La Relatora Especial ha tenido en cuenta, para llevar a cabo su análisis de esas disposiciones convencionales, las declaraciones e interpretaciones emanadas de los Estados que presentaban interés para el tema. Ha tenido presentes asimismo los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados, como los principios de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque, así como las normas que rigen la necesidad militar. Dado que la Comisión no tiene encomendada la revisión del derecho de los conflictos armados, la Relatora Especial ha evitado analizar las medidas necesarias para la aplicación de esos principios, al considerar que era suficiente, a efectos del informe, determinar si esa aplicación abarca también medidas destinadas a proteger el medio ambiente.

35. En el período de sesiones anterior se expresaron opiniones diferentes acerca de si había que examinar ciertos tipos de armas en el marco de este tema. La Relatora Especial mantiene que, en el estricto contexto del derecho de la guerra, las mismas normas y principios fundamentales se aplican a todas las armas, a menos que estas sean objeto de un tratado separado, como por ejemplo las minas antipersonal. De igual modo, es importante tener en cuenta las opiniones expresadas por los Estados sobre la aplicabilidad de ciertos instrumentos convencionales a determinadas armas cuyo empleo puede acarrear destrucciones masivas del medio ambiente, como las armas nucleares, de las que se habla especialmente en el capítulo dedicado a las zonas protegidas. Ese capítulo trata asimismo de las zonas declaradas patrimonio

[163] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párrs. 31 y 32.

cultural y otras zonas protegidas, así como de la estrecha conexión que existe entre medio ambiente y patrimonio cultural y del derecho de los pueblos indígenas a su medio ambiente como recurso cultural y natural.

36. En cuanto a las cuestiones que no ha abordado en su segundo informe, la Relatora Especial explica que la cláusula de Martens y el principio de humanidad, en particular la cuestión de si son idénticos y pertinentes en relación con el tema, se examinarán en el tercer informe. Habida cuenta de su carácter general, serán especialmente útiles para analizar las fases anteriores y posteriores a los conflictos. En este contexto se tomarán en consideración los trabajos de la Comisión relativos a la protección de las personas en casos de desastre[164]. En lo que se refiere a las operaciones multilaterales, la Relatora Especial dice que, dado que su segundo informe se centra fundamentalmente en el derecho de los conflictos armados, no se ha extendido mucho sobre la labor realizada por las Naciones Unidas en el marco más vasto de las operaciones de mantenimiento de la paz, pero que habrá ocasión para volver a ella en un informe posterior. Las resoluciones relativas a los trabajos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas creada después de la guerra entre el Iraq y Kuwait se examinarán en un informe ulterior dedicado a la fase posterior al conflicto. Finalmente, las situaciones de ocupación no se han abordado en el segundo informe porque a menudo se prolongan después del fin de las hostilidades militares activas y porque la indemnización por actos antijurídicos resultantes de la ocupación puede concernir a la vez a la violación de una norma de *ius ad bellum* y de una norma relacionada con las obligaciones de la potencia ocupante y a un vínculo estrecho con los derechos relativos a la propiedad privada. Así pues, la ocupación se examinará en el tercer informe.

37. En lo que concierne al programa de trabajo futuro, la Relatora Especial dice que intentará dar cima al estudio de las tres fases temporales en su tercer informe, que incluirá asimismo propuestas de medidas posteriores al conflicto tales como la cooperación, el intercambio de información y las mejores prácticas, así como las medidas de reparación. La Comisión debería disponer entonces de los elementos necesarios para decidir cómo proseguir sus trabajos. La Relatora Especial recuerda que incumbirá a la Comisión o a los Estados decidir si conviene impulsar el desarrollo progresivo o la codificación sobre la base de la labor realizada, de conformidad con el mandato que le confiere el artículo 1 de su estatuto. La Relatora Especial seguirá consultando a otras entidades, como el CICR, la UNESCO y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y organizaciones regionales. También sería muy útil que la Comisión recabara de los Estados más ejemplos de casos en que el derecho internacional del medio ambiente, y en particular los tratados bilaterales y regionales, haya seguido aplicándose en tiempo de conflicto armado internacional o no internacional, así como después de un conflicto armado, y de textos legislativos o decisiones judiciales sobre la aplicación del derecho nacional o internacional del medio ambiente.

38. En conclusión, la Relatora Especial propone que la Comisión remita las dos primeras disposiciones del preámbulo y los proyectos de principio 1 a 5 al Comité de Redacción con vistas a su aprobación provisional.

39. El Sr. MURPHY da las gracias a la Relatora Especial por su excelente segundo informe, que se apoya en una bibliografía muy detallada y en el que se proponen principios importantes que merecen ser examinados con detenimiento. En cuanto al método, el orador deplora que la relación entre la abundante información que figura en la primera parte del informe y los proyectos de principio no se justifique más claramente. Elogia en cambio la prudencia de la Relatora Especial, que demuestra que el derecho internacional humanitario descansa en un equilibrio de intereses contrapuestos que la Comisión no debería intentar alterar y que ese derecho es respetado solo porque tiene en cuenta esos intereses. Habría mucho que decir sobre el segundo informe, pero el orador se limitará a hacer tres observaciones de carácter general antes de comentar cada uno de los principios propuestos.

40. La primera observación concierne a la cuestión de si es acertado dar al proyecto la forma de «principios» y lo que esa decisión significa desde el punto de vista de la redacción. En el pasado, la Comisión elaboró unos principios en tres ocasiones con el propósito de influir en el desarrollo del derecho internacional o nacional, no de codificarlo en forma de normas específicas; nunca recurrió en esos principios al estilo preceptivo, reflejado en inglés por el empleo de los verbos modales «*shall*» y «*must*», para imponer a los Estados lo que debían hacer en virtud del derecho internacional. Así, los siete Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[165]que aprobó en 1950 no enuncian obligaciones que incumben a los Estados. Del mismo modo, en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[166] que aprobó en 2006 con el fin de alentar (y no de imponer) la armonización de las legislaciones nacionales, la Comisión se limita a formular recomendaciones, no obligaciones vinculantes. Por último, no se encuentra ninguna formulación preceptiva en los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, que la Comisión aprobó en 2006[167]. No ocurre lo mismo en el proyecto de principios propuesto por la Relatora Especial, en el que varias disposiciones están redactadas en el modo de mandato. Lo más sencillo sería reemplazar todos los casos de «*shall*» y «*must*» por «*should*», o reformular los principios a fin de hacerlos menos imperiosos. Por otro lado, si el objetivo consiste en codificar normas de derecho positivo a las que los Estados deban atenerse, quizás el proyecto no debería presentarse en forma de principios.

[164] Véase ibíd., cap. V, págs. 65 y ss.

[165] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

[166] Resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo. Véase el texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y ss., párrs. 66 y 67.

[167] Véase el texto de los principios rectores y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58º período de sesiones en *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 177 y ss., párrs. 176 y 177.

41. A modo de segunda observación, el orador manifiesta su perplejidad por el planteamiento de los principios propuestos en el anexo I del segundo informe. En efecto, la primera parte, que lleva por título «Preámbulo», contiene tres párrafos dedicados respectivamente al alcance de los principios, su propósito y los términos empleados, lo que no corresponde al contenido habitual de un preámbulo, mientras que los principios de fondo se agrupan en la segunda parte, titulada «proyecto de principios». Sería más prudente adoptar la estructura de los principios de 2006 sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, compuestos por un preámbulo tradicional seguido de tres principios dedicados respectivamente al ámbito de aplicación, los términos empleados y los propósitos, y después unos principios de fondo.

42. La tercera observación de carácter general que desea hacer el orador versa sobre el enfoque temporal de las tres fases. Aunque la Relatora Especial haya subrayado desde el inicio la utilidad de este planteamiento, el proyecto de principios no pone claramente de manifiesto la relación, si es que hay alguna, entre esas tres fases y los principios. Si bien de las palabras «Durante los conflictos armados» empleadas al comienzo del proyecto de principio 2 se puede deducir fácilmente que ese principio guarda relación exclusivamente con la fase II, los proyectos de principio 1, 3 y 4, por su parte, no contienen ningún elemento que permita relacionarlos específicamente con cualquiera de las fases, de manera que se podría considerar que se aplican a todas ellas. Ahora bien, los proyectos de principio 1 a 4 se tratan en el capítulo VII, que se titula «Derecho aplicable durante los conflictos armados». Si solo se aplican durante los conflictos armados, debería decirse así claramente. En cuanto al proyecto de principio 5, que no figura en el capítulo VII, parece desprenderse de su enunciado que se aplica a la vez a la fase I y al comienzo de la fase II, lo que tiene consecuencias a las que el orador volverá ulteriormente.

43. En lo que se refiere al proyecto de principio 1, el orador dice que la primera frase es vaga, ambigua y tiene un alcance demasiado amplio. Si bien conviene en que partes o elementos del medio ambiente natural, como un bosque o un lago, no pueden ser atacados, a menos que se conviertan en objetivo militar, no alcanza a ver cómo se puede considerar que el medio ambiente natural, en su conjunto, tiene carácter civil, al menos en el contexto del derecho internacional humanitario. De una manera general, el derecho de la guerra, cuyo objeto es indicar a los militares lo que no deben hacer, no contempla la protección de las personas y los bienes en abstracto. Por ejemplo, el capítulo III de la sección I del título IV del Protocolo I contiene disposiciones muy concretas sobre la protección de los bienes de carácter civil (art. 52), los bienes culturales (art. 53), los lugares de culto (art. 53) o también los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (art. 54), y no una afirmación general y abstracta de que el territorio enemigo o el mundo en general tiene «carácter civil». Debido a que versa sobre bienes concretos, el Protocolo I permite deducir una norma en virtud de la cual los militares no deben atacar esos bienes a menos que estos, por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y su destrucción ofrezca una ventaja militar definida.

44. El proyecto de principio 1 debería adoptar el mismo planteamiento y hacer que la exigencia de protección no venga a parar en el medio ambiente en general, sino en algunos de sus elementos, partes o componentes. Podría volverse a redactar de la manera siguiente: «Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar». Ese enunciado sería conforme al Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III) de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, que no prohíbe los ataques contra el medio ambiente en su conjunto, sino contra «elementos naturales» como «los bosques u otros tipos de cubierta vegetal». Los tratadistas que han estudiado esta cuestión parecen apoyar este planteamiento. A juicio de unos, el término «bien», tal como se emplea en el derecho de la guerra, designa objetos materiales que se pueden ver y tocar y, por lo tanto, el «medio ambiente natural», que abarca componentes y procesos naturales diferentes y distintos, no puede ser calificado de «bien». Otros, aunque comparten este punto de vista, opinan que es difícil, dada la vaguedad del concepto de medio ambiente natural, pensar en el medio ambiente en su conjunto como un bien en sí o, desde el punto de vista militar, como un bien de carácter civil, y que son solo partes o elementos del medio ambiente los que pueden ser equiparados a bienes de carácter civil. Por ejemplo, según *The Handbook of International Humanitarian Law* ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que constituya un objetivo militar[168]. La misma norma se enuncia en términos idénticos en el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, y el Manual de 2006 sobre el derecho de los conflictos armados no internacionales[169] también retoma la misma idea.

45. Aun sin ser parte en el Protocolo I, los Estados Unidos de América parecen aceptar la idea de que partes del medio ambiente no pueden ser atacadas a menos que se hayan convertido en un objetivo militar, como muestran las declaraciones en que el Gobierno explica cómo, en determinadas situaciones, los bienes naturales forman parte de las «propiedades enemigas», las cuales, de conformidad con el Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Reglamento de La Haya), de 1907, no pueden ser destruidas o tomadas a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra[170]. En varias ocasiones, el Gobierno de los Estados Unidos ha afirmado que determinados componentes o partes del medio ambiente tales como algunos recursos naturales podían, como los bienes culturales, constituir un bien de carácter civil que no puede ser atacado, a menos que esos componentes o partes se hayan convertido en un objetivo militar.

46. El hecho de atribuir un «carácter civil» al medio ambiente natural en su conjunto plantea varios problemas.

---

[168] Véase D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, pág. 211.

[169] M. N. Schmitt, C. H. B. Garraway y Y. Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, with Commentary*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 2006.

[170] Véase el artículo 23 *g* del Reglamento de La Haya.

El primero es que este planteamiento es difícilmente conciliable con la obligación de separación entre los bienes de carácter civil y los bienes de carácter militar. Efectivamente, si el medio ambiente natural en su conjunto es considerado como un bien de carácter civil, resulta imposible, por ejemplo, alejar fuerzas militares de una ciudad para establecerlas en un bosque deshabitado. Además, se corre el riesgo de debilitar la protección de la población civil. A esto se debe, en opinión del orador, que los autores del Protocolo I optaran, en el artículo 55 (Protección del medio ambiente natural), por no calificar de «bien» al medio ambiente natural.

47. El segundo problema que plantea la atribución de un carácter civil al medio ambiente natural en su conjunto es que tal atribución parece dar a entender que bastaría que una parte del medio ambiente natural de un Estado se utilizara con fines militares —por ejemplo si se apostase a un ejército en un bosque— para que el medio ambiente natural de todo el Estado pudiera ser atacado. Sería preferible limitar el proyecto de principio 1 a las partes o los componentes del medio ambiente natural de un Estado, a fin de que solo la parte o el componente utilizado con fines militares pueda ser objeto de un ataque militar. El tercer problema estriba en el hecho de que los ataques que afectan a un bien de carácter civil y los que afectan al medio ambiente como tal no parecen evaluarse con arreglo a los mismos criterios. Por ejemplo, el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incluye entre los actos cometidos en el marco de conflictos armados internacionales que son constitutivos de crímenes de guerra el de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas *incidentales* de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o *daños extensos, duraderos y graves* al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea. Por consiguiente, cabe considerar que los daños incidentales causados al medio ambiente natural difieren de los daños incidentales causados a bienes de carácter civil. Así pues, si el proyecto de principio 1 tiene por objeto enunciar una norma equiparable a la que se aplica a los bienes de carácter civil, sería preferible no referirse al medio ambiente natural en su conjunto, sino a partes, componentes o elementos del medio ambiente natural.

48. El cuarto problema que crea la calificación del medio ambiente natural como de «carácter civil» concierne a las estratagemas. El derecho de la guerra autoriza a los beligerantes a disimular tanques y soldados bajo un camuflaje, que permite a un ejército darse apariencia de medio ambiente natural. Si el proyecto de principio 1 indica que el medio ambiente natural en su conjunto es fundamentalmente un bien de carácter civil, se producirá como mínimo confusión, si no conflicto directo, por lo que hace al derecho relativo a las estratagemas. Un ejército normalmente no está autorizado a disfrazarse de algo que los beligerantes tengan prohibido atacar.

49. Finalmente, se observará que la Conferencia Diplomática que adoptó la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954 decidió no incluir los «parajes naturales de gran belleza» entre los bienes culturales protegidos por la Convención, entre otros motivos, al parecer, porque temía que la protección de esos parajes fuera demasiado subjetiva y estimaba que a menudo los parajes naturales podían ser rehabilitados rápidamente. Ello induce a pensar que el «medio ambiente natural», como tal, no está protegido actualmente por las leyes de la guerra y que concederle tal protección sería irrealizable y anormal.

50. La idea que expresa la segunda frase del proyecto de principio 1 parece razonable, pero el Comité de Redacción podría mejorarla. Efectivamente, no indica ni por quién ni por qué el medio ambiente natural es «respetado y protegido», ni tampoco cuándo ese respeto y esa protección se llevan a efecto. Por ejemplo, ¿exige a los Estados que respeten y protejan su propio medio ambiente antes de un conflicto armado? En caso afirmativo, ¿cuál es la fuente de esa obligación? En el texto inglés, las palabras «*consistent with*» no ponen de manifiesto claramente que esa fuente es el derecho internacional. Para evitar esos problemas, tal vez se podría modificar la frase como sigue: «Durante un conflicto armado, cada parte del medio ambiente natural, si no constituye un objetivo militar, será respetada y protegida de conformidad con las normas aplicables de derecho internacional», sustituyendo «*consistent with*» por «*in accordance with applicable rules of*» en la versión inglesa.

51. Con respecto al proyecto de principio 2, aparte de ciertas conclusiones relativas al principio o al planteamiento de las medidas de precaución que figuran en el informe examinado, el orador suscribe el análisis que en este se hace y la idea en que se basa el principio, pero piensa que el Comité de Redacción puede mejorar el texto. Con todo, lamenta que ese principio no ponga de manifiesto que, en determinados casos, cuando se produce un ataque militar, no se puede garantizar el nivel de protección más alto posible a la vez a la población civil y al medio ambiente. La regla debería ser, en cambio, que los beligerantes garanticen la protección más alta posible a la población civil y, si las circunstancias lo permiten, también al medio ambiente.

52. En cuanto al proyecto de principio 3, los términos empleados parecen sacados del párrafo 30 de la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia sobre la cuestión de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Sin embargo, muchos observadores, por ejemplo Louise Doswald-Beek, consideran que lo que afirma la Corte en ese párrafo corresponde al ámbito del *ius ad bellum* y no del *ius in bello*. En otras palabras, la Corte parece referirse a la necesidad y la proporcionalidad en relación con la legítima defensa y no en relación con los bienes tomados como objetivo durante un conflicto armado. De ser así, cabe preguntarse si la proposición enunciada en el proyecto de principio 3 está fundamentada en la opinión consultiva de la Corte. Si se considera que se refiere al *ius in bello*, hay motivos para pensar que es errónea, por lo menos en ciertos casos. Por ejemplo, si se supone que un recurso natural determinado, como un bosque, se utiliza exclusivamente para proveer de madera a un ejército que este utiliza para construir reductos o trincheras, ese bosque se convierte en un objetivo militar y puede ser atacado y destruido incendiándolo sin que sea necesario, en lo que concierne a las leyes de la guerra, proceder a un análisis de necesidad o proporcionalidad.

53. El proyecto de principio 4 reproduce literalmente el párrafo 2 del artículo 55 del Protocolo I. Los Estados partes en ese protocolo que no han formulado ninguna reserva o declaración concerniente a esa disposición indudablemente están obligados por esta norma, pero los que lo han ratificado formulando una reserva o una declaración con respecto a esa disposición, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, no están obligados por ella o solo lo están con ciertas condiciones. En realidad, Alemania, Egipto, Francia e Italia también han hecho declaraciones sobre las disposiciones del Protocolo I relativas a las represalias.

54. Además, los Estados que no son partes en el Protocolo I, como los Estados Unidos, la India, el Irán, Israel, el Pakistán o Turquía, no están obligados por el párrafo 2 de su artículo 55. La práctica de los Estados no se analiza con suficiente profundidad en el informe objeto de examen para establecer que esa norma existe actualmente en derecho internacional consuetudinario al margen del Protocolo I, sea porque la práctica de los Estados relativa a ese Protocolo demuestre que ya forma parte del derecho internacional consuetudinario, o porque los Estados no partes en el Protocolo I consideren que forma parte de él.

55. Si bien es cierto que muchos Estados han ratificado el Protocolo I o se han adherido a él, no se reconoce generalmente que todas las disposiciones de ese Protocolo, entre ellas las relativas a las represalias, formen parte del derecho internacional consuetudinario. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia fue más prudente de lo que indica el informe examinado. Reconoció, en efecto, «que en el párrafo 3 del artículo 35 y en el artículo 55 del Protocolo Adicional I se prev[eían] otras medidas de protección del medio ambiente» y que uno de los elementos de esa protección era «la prohibición de lanzar ataques contra el medio ambiente natural como represalia», pero concluyó esta observación de la manera siguiente: «Todas esas medidas imponen serias limitaciones a *todos los Estados que han suscrito las mencionadas disposiciones**» (párrafo 31 de la opinión consultiva). Es evidente que cuando subraya que esas normas obligan a los Estados partes en el Protocolo I, la Corte no indica que formen parte del derecho internacional consuetudinario.

56. Otros han adoptado la misma posición, por ejemplo, la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, de 6 de octubre de 1992. Al comentar las disposiciones del Protocolo I relativas a las represalias, el Magistrado Fausto Pocar del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia declaró lo siguiente:

> Es notorio que la controversia sobre esta cuestión ha sido y sigue siendo importante y que se expresaron opiniones divergentes tanto en la Conferencia Diplomática de Ginebra en la que el Protocolo I fue negociado como ulteriormente. La opinión predominante es probablemente que las disposiciones del Protocolo I [relativas a las represalias] no reflejan el derecho consuetudinario preexistente ni han adquirido después el carácter de normas consuetudinarias, pero que consagran una evolución importante a este respecto[171].

57. Del mismo modo, el CICR, en su estudio del derecho internacional consuetudinario, afirma, con respecto a los artículos 52 a 56 del Protocolo I y a la práctica de diversos Estados, que:

> Si bien la mayoría de los países se ha comprometido ya específicamente a no tomar medidas de represalia contra tales bienes [protegidos], debido a la existencia de práctica contraria, aunque sea muy escasa, *es difícil llegar a la conclusión de que esta tendencia se ha cristalizado ya en una norma consuetudinaria que prohíbe específicamente las represalias contra esos bienes de carácter civil en todas las situaciones**[172].

58. En el propio informe examinado se indica que solo 14 Estados prohíben las represalias contra el medio ambiente natural en su derecho interno, y bien que otros Estados lo hagan en sus manuales militares, es probable que no hagan así más que reiterar la obligación que contrajeron al ratificar el Protocolo I.

59. Además, en tanto en cuanto esos principios conciernen a todos los conflictos armados, incluidos los conflictos armados no internacionales, conviene señalar que las represalias no están prohibidas específicamente ni por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ni por el Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II). A. P. V. Rogers señala que, con ocasión de la Conferencia Diplomática de 1977, algunas delegaciones dijeron que a su entender las normas relativas a las represalias solo se aplicaban en los conflictos armados internacionales, por lo que concluye que la existencia de la doctrina de las represalias «en el derecho de los conflictos armados internos, cuando las normas convencionales no dicen nada al respecto, sigue siendo objeto de controversia»[173]. La Relatora Especial, aunque en su segundo informe considera la cuestión de la aplicación a los conflictos armados no internacionales de las normas aplicables en los conflictos armados internacionales, no la examina directamente en lo que concierne a las represalias, aun cuando reconoce, en la nota del párrafo 206, «que el concepto de represalias no existe en los conflictos armados no internacionales». Así pues, es lícito poner en duda que la norma se pueda enunciar de forma tan categórica como se hace en el proyecto de principio 4. Al parecer muchos Estados, en particular algunas de las grandes potencias militares, estiman que salvaguardar la posibilidad de represalias contra el medio ambiente natural de un enemigo beligerante es una garantía para la protección de su propio medio ambiente y su población civil durante un conflicto armado. Si el proyecto de principio 4 se remite al Comité de Redacción, debería volverse a redactar de forma más matizada.

60. El orador observa que, en el párrafo 192 del informe que se examina, la Relatora Especial indica que «[l]as declaraciones o reservas más importantes se refieren a la no aplicabilidad» del Protocolo I a las armas nucleares. El orador considera que, dado que muchos de los principios propuestos toman como fuentes de derecho el

---

[171] F. Pocar, «To what extent is Protocol I customary international law?», en A. E. Wall (ed.), *International Law Studies, Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, vol. 78 (2002), pág. 349.

[172] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules* (nota 162 *supra*), pág. 525 (en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas* (ibíd.), págs. 593 y 594).

[173] A. P. V. Rogers, *Law on the battlefield*, Melland Schill Studies in International Law, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press y Juris Publishing, 2004, pág. 235.

Protocolo I y la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, es poco probable que en derecho positivo sean aplicables a las armas nucleares, cosa que convendría señalar en el comentario.

61. Por lo que respecta al proyecto de principio 5, el orador aprueba su tenor y su tono y estima que el empleo del verbo modal «*should*» en la versión inglesa alienta a los Estados a declarar zonas desmilitarizadas, pero no los obliga a hacerlo.

62. En cuanto al fondo, esta disposición está centrada en el período que precede a un conflicto o el momento en que este estalla, pero su alcance se puede ampliar también a toda la duración del conflicto armado. Antes de que empiece el conflicto, basta una declaración unilateral del Estado en cuyo territorio se encuentra la zona, pero durante el conflicto, solo un acuerdo formal o informal entre los dos beligerantes será conforme a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I. Quizás convendría añadir a ese principio una segunda frase redactada así: «Durante un conflicto armado, las partes en este deberían celebrar acuerdos formales o informales para designar a las zonas de gran importancia ecológica como zonas desmilitarizadas o neutrales».

63. Para terminar, el orador estima que el preámbulo y los principios que figuran en el informe objeto de examen pueden remitirse al Comité de Redacción para que este los modifique teniendo en cuenta las observaciones hechas en sesión plenaria.

64. El Sr. MURASE dice que el tema que ahora se examina es sumamente difícil en cuanto pone en la balanza a dos ramas del derecho internacional, esto es, el derecho de los conflictos armados y el derecho del medio ambiente, y considera su interacción. La dificultad estriba en lograr el equilibrio adecuado entre la salvaguardia de los derechos legítimos de las partes en un conflicto armado, por un lado, y la protección del medio ambiente, por otro. Es preciso a este respecto ser sincero y reconocer que, si bien determinadas armas y métodos de guerra inhumanos están prohibidos, el *ius in bello* o derecho de los conflictos armados es esencialmente un conjunto de normas que autorizan a los soldados, so pena de sacrificar su propia vida, a matar o herir al enemigo en el campo de batalla. En ese contexto, la protección del medio ambiente es una preocupación alejada, si no totalmente ausente, del ánimo de los beligerantes. Si la necesidad militar prevalece sobre las consideraciones ambientales, las partes en un conflicto armado pueden ser autorizadas a emplear cualquier medio de guerra a su disposición que el derecho de los conflictos armados no prohíba específicamente. Esta es la realidad, y es fundamental, para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera, lograr el equilibrio adecuado.

65. Desde esta perspectiva, los principios propuestos en el informe examinado despiertan inquietudes y suscitan reservas. En primer lugar, la Relatora Especial elabora unos «principios» que incitan a preguntarse cuál es su estatus normativo. Algunos de ellos son más bien normas concretas que principios abstractos, y quizás sea preferible trabajar sobre proyectos de artículo capaces de enunciar a la vez principios y normas.

66. En segundo lugar, las disposiciones relativas al «Alcance» y los «Términos empleados» deberían figurar en el texto mismo y no en el preámbulo. Tal vez sea conveniente definir el «Propósito» de los principios en el preámbulo, pero la expresión «medidas […] de reparación» que figura en el primer párrafo de la definición incomoda al orador. La expresión «daños colaterales» que figura en el segundo párrafo plantea tal vez un problema más grave. El concepto de daño colateral requiere un análisis en profundidad y debe ser abordado con prudencia en el marco de los principios.

67. En tercer lugar, con respecto a la definición de la expresión «conflicto armado», el orador no está convencido de que las situaciones de conflictos armados no internacionales deban tenerse en cuenta en el marco del proyecto. El derecho de los conflictos armados no es aplicable a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores. Como indica el CICR en su comentario, en tales situaciones «el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden»[174] mediante medidas policiales basadas en el derecho penal interno y no en el derecho internacional de los conflictos armados.

68. En cuarto lugar, la definición de la expresión «medio ambiente» es demasiado amplia a los efectos del proyecto, ya que no se trata de proteger el medio ambiente en su conjunto. El alcance de la protección debería estar limitado al medio ambiente en relación con las situaciones de conflicto armado. La Relatora Especial señala que esta definición está tomada de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas elaborados por la Comisión en 2006, pero ese instrumento pertenece a la esfera del derecho del medio ambiente en tiempo de paz y la definición que contiene no parece adecuada cuando se trata de situaciones de conflicto armado, que requieren una definición mucho más restringida. Convendría además aclarar la expresión «derecho internacional aplicable» empleada en el proyecto de principio 1, puesto que plantea la cuestión fundamental de la relación entre el *ius in bello* o derecho de los conflictos armados y los tratados aplicables en tiempo de paz, incluidos los tratados relativos al medio ambiente. Será necesario explicar en qué medida y por qué razón los acuerdos multilaterales existentes en la esfera del medio ambiente son aplicables en período de conflicto armado.

69. En quinto lugar, en lo que se refiere a los proyectos de principio 1 a 3, los dos principios fundamentales en esta materia, el de la distinción entre bienes de carácter civil y bienes de carácter militar y el de la proporcionalidad entre la ventaja militar y las pérdidas ocasionadas incidentalmente a bienes civiles o daños colaterales, se deben distinguir claramente. El proyecto de principio 1 versa sobre la distinción entre bienes de carácter civil y

[174] C. Pilloud *et al.*, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949: commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole II)*, Ginebra, CICR, Martinus Nijhoff, 1986, pág. 1380, párr. 4477.

bienes de carácter militar, pero los proyectos de principio 2 y 3 aparentemente mezclan los dos principios al mencionar la proporcionalidad. Además, es fundamental tener en cuenta el equilibrio necesario entre la necesidad militar y las consideraciones humanitarias o ambientales, puesto que es el factor determinante en la interpretación y la aplicación del derecho de los conflictos armados. En ese contexto, la cuestión de cómo establecer ese equilibrio es verdaderamente central. A juicio del orador, es precisamente a estos efectos que el concepto de «daños extensos, duraderos y graves» desempeña un papel importante. En su segundo informe, la Relatora Especial no menciona ese concepto sino de paso, cuando habría que analizar en profundidad su significado y su función para lograr un equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones ambientales. En el derecho de los conflictos armados no están prohibidos todos los daños al medio ambiente, sino solo los «daños extensos, duraderos y graves» causados cuando los ataques armados van más allá de la necesidad militar. Se plantea, pues, la cuestión de determinar cuáles son las normas para esos factores.

70. A este respecto, se cita a menudo el artículo 1 de la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles por ser el primer instrumento que utiliza esta fórmula. Según la interpretación de la Comisión de Desarme, por efectos «extensos» se entiende un alcance geográfico de «varios cientos de kilómetros cuadrados», por «duraderos» un período de «varios meses o una estación» y por «graves» («*severe*») algo comparable a «daño grave» («*serious damage*»). A tenor de la Convención citada, los criterios de aplicación se cumplirían si se diera una de esas tres condiciones, puesto que se utiliza la conjunción «o» y, por lo tanto, el umbral no es tan alto como se piensa. No obstante, hay que mostrarse prudente al mencionar esa Convención porque no concierne al derecho de los conflictos armados sino al control de armamentos y el desarme. Las normas que enuncia son «absolutas», mientras que en el derecho de los conflictos armados las normas son «relativas», en el sentido de que se aplican proporcionalmente a la necesidad militar. Otra diferencia es que la prohibición enunciada en esa Convención concierne a los actos intencionales o deliberados de modificación del medio ambiente, como indica el artículo II, y las «pérdidas incidentales» o «daños colaterales» que puedan producirse con ocasión de un ataque militar no son por tanto en este caso la preocupación principal.

71. El umbral fijado por el artículo 35, párrafo 3, y el artículo 55 del Protocolo I es en cambio mucho más elevado, puesto que esas disposiciones se refieren a los «daños extensos, duraderos y graves» causados al medio ambiente natural y el empleo de la conjunción «y» denota que esas tres condiciones son cumulativas. Además, el término «duraderos» en este caso designa «decenios» y no «varios meses» como en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles. De este modo, en lo que concierne al Protocolo I, todas las armas o métodos de hacer la guerra estarían autorizados a excepción, eventualmente, de las armas nucleares, cuyos efectos se prolongan durante decenios como lo demuestran las víctimas de Hiroshima y Nagasaki.

72. Efectivamente, el informe al Fiscal del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia del Comité encargado de examinar la campaña de bombardeos de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia confirma que esos artículos del Protocolo I han fijado «un umbral de aplicación muy elevado» y que las condiciones de su aplicación son «sumamente rigurosas». El Comité concluyó así que los «daños ambientales causados durante la campaña de bombardeos de la OTAN no alcanza[ban] el umbral fijado en el Protocolo adicional I»[175].

73. El mismo Protocolo reconoce en su artículo 56 el carácter relativo del empleo de métodos de guerra en relación con el medio ambiente en lo que concierne a los ataques contra las presas, los diques y las centrales nucleares. Si bien el párrafo 1 prohíbe los ataques contra esas obras, el párrafo 2 los autoriza «si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares». Además, en el párrafo 30 de su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia se refiere a la regla de la relatividad cuando dice que «[e]l respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de sopesar para saber si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad».

74. El informe al Fiscal del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia antes mencionado confirma asimismo la relatividad de la prohibición, dado que indica que «[e]n la aplicación de este principio [de proporcionalidad], es necesario evaluar la importancia del objetivo con respecto a los daños que sea de prever que se causen incidentalmente: si el objetivo es suficientemente importante, un nivel de riesgo de daño al medio ambiente más elevado puede estar justificado»[176].

75. Hay que destacar también que, a pesar de las normas humanitarias relativas a la protección de las personas civiles contra los ataques, los daños sufridos por terceros inocentes se consideran «pérdidas causadas incidentalmente» o «daños colaterales» en la medida en que la ventaja militar prevalezca y, como tales, se consideran autorizados. Se trata de una realidad cruel y dura del derecho internacional y conviene no hacerse ilusiones.

76. El orador señala que ha elaborado un diagrama, distribuido a todos los miembros de la Comisión, para poner de relieve la escala normativa concerniente a los métodos y medios de guerra autorizados o prohibidos en los conflictos armados en relación con la protección del medio ambiente. Ese diagrama incluye cuatro zonas: la zona 1, en el extremo izquierdo, representa las armas y los métodos de guerra totalmente autorizados que no causan ningún daño al medio ambiente, de los cuales la lanza de bambú, que cabría calificar de arma más «respetuosa del medio ambiente», es un ejemplo. En el extremo derecho, la zona 4 es la zona de prohibición absoluta de las armas y los métodos de guerra cuyo único objetivo es la destrucción ciega del medio ambiente. Entre esos dos

[175] «Final report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia», párrs. 15 y 17. Puede consultarse en el sitio web del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia: www.icty.org/.

[176] Ibíd., párr. 19.

extremos, la zona 2 es una zona de autorización relativa y la zona 3 una zona de prohibición relativa. Si la necesidad militar prevalece sobre las consideraciones ambientales, como en la zona 2, los ataques por medio de tales armas o métodos estarán autorizados, aun cuando se causen daños colaterales, y la parte interesada no incurrirá en responsabilidad. El punto que separa la zona 2 de la zona 3 es el punto de equilibrio entre necesidad militar y consideraciones ambientales, que habría que determinar por medio del criterio de daños «extensos, duraderos y graves» al medio ambiente.

77. En cualquier caso, el orador estima que la Relatora Especial y la Comisión no deberían escatimar ningún esfuerzo para explicar cómo se establece este punto de equilibrio cuando se ponen en la balanza la necesidad militar y los imperativos humanitarios o ambientales, cuestión que constituye la esencia misma de los trabajos sobre este tema.

78. Teniendo presentes estas observaciones, el orador propone que se introduzcan en el texto de los proyectos de principio presentados por la Relatora Especial las modificaciones siguientes. En lo que concierne al preámbulo, solo se debería conservar el párrafo relativo al propósito de los principios, a condición de que se supriman en la primera oración las palabras «mediante la adopción de medidas preventivas y de reparación» y que se traslade la segunda oración sobre los daños colaterales al texto del proyecto. Además, sería preferible esperar al final de la primera lectura para redactar el preámbulo. Por lo que hace a los términos empleados, sería conveniente completar la definición del conflicto armado propuesta añadiendo *in fine* las palabras «regidos por el derecho de los conflictos armados», a fin de que quede claro que el proyecto de principios no se refiere a las intervenciones de las fuerzas del orden en el marco del derecho interno. Habría que suprimir además las palabras «tanto abióticos como bióticos» de la definición del medio ambiente, así como el final de la frase en su totalidad a partir de las palabras «la fauna y la flora» e insertar la conjunción «y» antes de «el suelo». En lo que concierne al texto del proyecto de principio 1, la expresión «carácter civil», en la primera frase, no es apropiada y debería sustituirse por «[l]os bienes de carácter civil» en referencia al Protocolo I a los Convenios de Ginebra. Habría que suprimir asimismo las palabras «a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar y solo en ese caso», ya que esa cuestión requiere ser tratada por separado y podría figurar en un párrafo 2 adicional al proyecto de principio 3, siempre que se sustituya la expresión «objetivo militar» por «bienes de carácter militar». Sería conveniente, además, incluir en el comentario algunas aclaraciones sobre la expresión «derecho internacional aplicable», para explicar el trato que se debe reservar a los tratados relativos al medio ambiente en tiempo de paz, en el marco del derecho de los conflictos armados. Finalmente, más valiera sustituir la expresión «derecho internacional humanitario» por «derecho de los conflictos armados», ya que el derecho de la guerra, que autoriza a herir y matar, no tiene nada de humanitario. Por lo que hace al proyecto de principio 2, convendría suprimir, por una parte, la palabra «distinción», puesto que ese aspecto ya se ha tratado en el proyecto de principio 1, y, por otra parte, la referencia a intensificar «lo máximo posible» la protección del medio ambiente. El orador desearía que se incluyera en el proyecto un principio sobre el alcance de los daños colaterales admisibles y sus límites. En efecto, si bien todos convienen en reconocer que los daños colaterales deberían minimizarse, lo cierto es, lamentablemente, que tales daños se producen con ocasión de la conducción legítima de la guerra y no dan lugar, pues, a la atribución de una responsabilidad a las partes. En cuanto al tenor del proyecto de principio 5, sería preferible tratar la cuestión de la creación de «zonas desmilitarizadas», que presenta semejanzas con las cuestiones del desarme y el control de armamentos, en el marco de la fase I. A este respecto, sería conveniente que el orden de los proyectos de principio (o proyectos de artículo) se ajustara al de las fases definidas por la Relatora Especial.

79. Por último, queda la importante cuestión —muy debatida en el marco de la negociación del Protocolo I— de si conviene tratar en el proyecto de las armas nucleares y los medios de guerra. Aun cuando la Comisión no tenga la intención de abordar el caso de armas específicas, tal vez fuera útil invitar a expertos militares a que la informen acerca de las últimas novedades en esta materia en el marco de unas conversaciones informales. El orador concluye manifestando su apoyo a que se remitan los proyectos de principio, a excepción del párrafo sobre los términos empleados, al Comité de Redacción.

80. El Sr. SABOIA felicita a la Relatora Especial por su análisis muy claro, profundo y bien documentado, que versa sobre esferas diversas pero estrechamente imbricadas del derecho internacional. Las observaciones que el orador desea hacer conciernen a determinados aspectos del informe que le han llamado especialmente la atención. Constata, ante todo, que si bien algunas de las respuestas de los Estados a la petición de información de la Comisión son reveladoras de preocupaciones regionales, otras ponen de relieve tendencias más generales. Así, el Perú ha subrayado las repercusiones en el medio ambiente del tráfico de armas y los problemas que plantean en materia ambiental los conflictos armados no internacionales y el empleo de la fuerza armada en el contexto de la lucha contra la producción y el tráfico de drogas. Finlandia, por su parte, ha tomado una posición que en realidad es válida en la mayoría de los casos, es decir, que en condiciones difíciles un grado más bajo de protección del medio ambiente puede a veces estar justificado, y es de lamentar que la Relatora Especial presente esa posición, en el párrafo 91 de su segundo informe, como una excepción a la conclusión, por otra parte fundada, de que muchos Estados han adoptado disposiciones sobre protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. Además, a propósito de la práctica de los actores no estatales, el orador reafirma que no es prudente ni oportuno negarse a considerarla como práctica en el sentido jurídico. Efectivamente, si los actores no estatales tienen la obligación de actuar en conformidad con las normas de derecho internacional humanitario en caso de conflicto, su práctica debe ser tomada en consideración y ser objeto de un análisis jurídico, aunque se trate de condenar las violaciones que cometen. Además, en lo concerniente a las misiones llamadas «de asociación» de la OTAN, que parecen designar las acciones militares no amparadas por resoluciones del Consejo de Seguridad, tal vez sería mejor no dar por sentado que los Estados

asociados actúan en conformidad con las normas dictadas por esa organización, como indica la Relatora Especial en el párrafo 88 del informe. A este respecto, las observaciones que ha hecho el Sr. Murase acerca del informe dirigido al Fiscal del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre la campaña de bombardeos de la OTAN en 1999 aportan algunas aclaraciones.

81. Por lo que respecta al capítulo del segundo informe dedicado a la jurisprudencia, el orador alaba el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hace la Relatora Especial con relación a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales independientemente de la existencia de un derecho de propiedad rústica. Por lo que respecta al capítulo sobre el derecho aplicable durante los conflictos armados, el orador deplora ciertos aspectos de la naturaleza humana que en él se revelan, aunque admite que no se pueden pasar por alto. Subraya en particular que, si los Estados poseedores de armas nucleares se han pronunciado —cosa nada sorprendente— a favor de la inaplicabilidad a las armas nucleares de la prohibición enunciada en los artículos 35 y 55 del Protocolo I sobre la utilización de ciertos métodos o medios de guerra, ello es porque piensan —con razón, pero sin decirlo— que en caso de guerra nuclear no quedaría de todos modos medio ambiente que proteger para los supervivientes, cuya suerte sería aún menos envidiable que la de los muertos.

82. En lo que concierne al proyecto de principio 1, quizás convendría sustituir «no puede» por «no debe» a fin de reforzar la prohibición enunciada. Aunque está de acuerdo con los proyectos de principio 2, 3 y 4, el orador se pregunta por qué unas veces se dice «medio ambiente» y otras «medio ambiente natural». Las zonas libres de armas nucleares y otras zonas protegidas deberían ser objeto de un proyecto de principio separado, que trate de la protección de su medio ambiente y mencione la necesidad de que los terceros Estados lleven a efecto las obligaciones que han contraído concernientes al respeto del carácter intrínsecamente pacífico de esas zonas. A este respecto, es preciso señalar que, aun cuando las actividades militares no hostiles son compatibles con el uso pacífico previsto por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pueden constituir sin embargo una amenaza para el medio ambiente marino o causar daños al medio ambiente o a las personas. Hay que mencionar también la cuestión de las obligaciones de los terceros Estados, particularmente los Estados poseedores del arma nuclear, en lo que concierne a tratados por los que se crean zonas libres de armas nucleares, en especial en caso de accidente sobrevenido durante el paso de buques portadores de tales armas, que cause daños graves al medio ambiente e implique una violación de la obligación de proteger y respetar el estatus de esas zonas. El proyecto de principio 5, en razón de su alcance muy restringido, no parece, pues, muy útil en su forma actual y convendría que la Relatora Especial se esforzara por completarlo inspirándose en la propuesta hecha por el Sr. Murphy. En conclusión, el orador apoya que se remitan todos los proyectos de principio al Comité de Redacción, sin perjuicio de las observaciones que se han formulado.

83. El Sr. PETRIČ subraya el gran interés y la excelente factura del segundo informe de la Relatora Especial y la felicita por las explicaciones detalladas que ha dedicado a la posición de los Estados, así como por la densidad de las referencias jurisprudenciales y doctrinales que alimentan sus trabajos. El tema que se examina es delicado, ya que la Comisión está buscando un equilibrio entre los conflictos armados, internos o internacionales, esto es, los procesos en que las partes interesadas están tentadas constantemente de conculcar las reglas para alcanzar sus fines, por un lado, y los esfuerzos que hay que hacer para proteger el medio ambiente también en tales situaciones, por otro. Sin embargo, se trata de un tema fundamental, ya que la evolución del derecho internacional humanitario desde hace más de un siglo, a partir de las Conferencias de La Haya y la adopción de la cláusula de Martens, refleja una toma de conciencia gradual por parte de la humanidad de que los conflictos armados representan la más inaceptable y la más dañina de las actividades humanas y conducen a la destrucción total, incluida la del medio ambiente, en especial por efecto de un armamento cada vez más sofisticado. Aunque ello constituya un argumento de peso a favor de la importancia del tema, el resultado de los trabajos de la Comisión, sin embargo, debería conservar la forma de un proyecto de principios —y no revestir la de normas o principios jurídicos—, que pueda contribuir a reforzar aún más la toma de conciencia iniciada y quizás desempeñar el mismo papel que la cláusula de Martens hace un siglo. Así pues, el orador comparte el punto de vista del Sr. Murphy, según el cual, si se pretende efectivamente formular unos principios, los verbos empleados no deberían tener valor preceptivo, e incumbirá naturalmente al Comité de Redacción solucionar ese problema. También en lo que concierne a la metodología, el enfoque en tres fases no debería aplicarse de forma demasiado mecánica, puesto que esas tres fases presentan lazos tan estrechos que a veces son indisociables.

84. En cuanto al texto de los proyectos de principio y el preámbulo, es probable que las disposiciones sobre el alcance y el propósito de los principios se incorporen al cuerpo del texto. Por lo que hace a las relativas a los términos empleados, el orador subraya la importancia de tomar en consideración en la definición de los conflictos armados a todos los conflictos armados, incluidos los que surgen dentro de un Estado, porque los conflictos armados entre Estados son finalmente bastante raros, breves y casi siempre organizados, y causan menos daños al medio ambiente que los demás. La definición del medio ambiente propuesta por la Relatora Especial es demasiado amplia, ya que, leída juntamente con el proyecto de principio 1, no parece dejar lugar —por decirlo así, no sin cierto cinismo—, ningún espacio libre, para la conducción de la guerra. Convendrá volver a esta cuestión en una etapa ulterior de los trabajos.

85. En lo que concierne al proyecto de principio 1, el orador comparte las reservas expresadas por el Sr. Murphy. Está de acuerdo, en cambio, con el texto del proyecto de principio 2. Por lo que hace al proyecto de principio 3, estima que las consideraciones ambientales no deberían tomarse en consideración solo para evaluar lo que es necesario y proporcionado en pos de objetivos militares lícitos, sino también en el marco de la ejecución de esos objetivos. Lamenta que el proyecto de principio 4, sobre las represalias, esté redactado en forma de una norma cuyo carácter preceptivo contrasta notablemente con la prudencia del enunciado del proyecto de principio 3. Asimismo,

la Relatora Especial y el Comité de Redacción deberían tener presente que las represalias se pueden considerar también como un medio indirecto de propiciar el respeto del derecho. Además, el Sr. Murphy ha señalado con razón que la norma enunciada no forma parte del derecho internacional consuetudinario. En cuanto al proyecto de principio 5, si bien es de lamentar, como han subrayado ya otros miembros, que su alcance temporal sea demasiado restringido, cuanto más que algunos conflictos se alargan durante años, nada impediría que una sola parte en el conflicto —y no dos como se ha propuesto— declare zonas desmilitarizadas las zonas de gran importancia ecológica. Para terminar, el orador hace votos por que la Comisión pueda progresar sensiblemente en el examen del tema durante el quinquenio en curso.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

3265ª SESIÓN

Martes 7 de julio de 2015, a las 10.15 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Cooperación con otros órganos (*continuación*[*])

[Tema 13 del programa]

DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Mata Prates, Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano, y lo invita a hacer uso de la palabra.

2. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que en 2014 el Comité celebró, como es habitual, sus dos períodos ordinarios de sesiones, durante los cuales adoptó cuatro informes. El primero de ellos, relativo a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género, se elaboró para dar cumplimiento a requerimientos de la Asamblea General de la OEA. El informe contiene un estudio sobre el estado de la cuestión y menciona los avances del hemisferio en la protección de los individuos vulnerables y el principio de la no discriminación. Una de las conclusiones fue que ese principio comprende los derechos básicos de los individuos con determinada orientación sexual.

3. Los otros tres informes se prepararon por iniciativa del propio Comité. El informe sobre recomendaciones a los Estados Americanos para la integración fronteriza o vecinal insta a los Estados vecinos a establecer jurisdicciones nacionales con miras a facilitar los mecanismos de integración fronteriza. El informe sobre la responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas, el segundo informe que se elabora sobre ese tema, analiza iniciativas regionales importantes, presenta las diferencias entre las legislaciones nacionales y somete un análisis de las prácticas corporativas. En él, el Comité recomienda a la Asamblea General de la OEA que considere la posibilidad de tomar nota de la propuesta de guía de principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas. El informe sobre alternativas para la regulación del uso de sustancias psicotrópicas estupefacientes, así como para la prevención de la farmacodependencia, especialmente en relación a la marihuana o *Cannabis sativa*, elabora un estudio sobre el estado de la cuestión con sugerencias sobre la reglamentación de dichas sustancias y recomienda a los Estados que consideren ciertos cambios específicos en sus legislaciones sobre la materia.

4. Entre otras actividades, el Comité tiene tres nuevas relatorías para considerar los mandatos instaurados en su seno: Guía sobre Protección de Personas Apátridas, con arreglo al mandato establecido por la Asamblea General de la OEA; derecho aplicable a los contratos internacionales; y democracia representativa. Además, el Comité decidió dar continuidad al tratamiento de los siguientes temas: elaboración de la ley modelo sobre acceso a la información pública y la protección de datos personales; inmunidad de los Estados y de las organizaciones internacionales; recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas; y lineamientos para el manejo migratorio en las relaciones bilaterales.

5. Por lo que se refiere a la protección de personas apátridas, el mandato de la Asamblea General de la OEA solicita diseñar un mecanismo para establecer normas internacionales en la materia. En cuanto al tema de las inmunidades jurisdiccionales, el orador ha recibido el encargo de estudiar las inmunidades jurisdiccionales de los Estados, mientras que otro miembro del Comité está trabajando en lo correspondiente a las inmunidades jurisdiccionales de las organizaciones internacionales. En cada caso, esperan contar con un documento que incluya un estudio de legislaciones nacionales, prácticas de los Estados y formas de determinar la inmunidad.

6. Con respecto al tema de los recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas, la finalidad es establecer un mecanismo para facilitar la armonización de datos en un sistema computarizado que permita la creación de recibos negociables de esos productos. La labor en materia de gestión de la migración en las relaciones bilaterales está abocada a la puesta en marcha de un modelo que coadyuve a integrar nacionales que buscan establecerse en países vecinos. Por lo que respecta al tema de la legislación aplicable a contratos internacionales, el propósito es promover instrumentos jurídicos en esa esfera en virtud del cuestionario enviado a los Estados

[*] Reanudación de los trabajos de la 3250ª sesión.

miembros de la OEA y otro a expertos en materia de derecho internacional privado. Por último, la relatoría sobre el tema de la democracia representativa ha propuesto elaborar un estudio que permita desarrollar y aprovechar los avances logrados por la OEA en este campo.

7. Durante el presente año, el Comité celebró una reunión ordinaria en Río de Janeiro en marzo y ha adoptado un informe sobre protección de datos personales, en el cual se proponen 12 principios sobre la privacidad y la protección de datos personales que puedan servir de base para la formulación de leyes nacionales en favor del derecho a la privacidad, la reputación y la dignidad de las personas.

8. La metodología preferida por el Comité para la elaboración de sus informes es el envío de cuestionarios a los Estados miembros de la OEA pidiéndoles información sobre su legislación y jurisprudencia, así como sobre la aplicación de determinadas normas por parte de las autoridades administrativas. Esa metodología se considera determinante a efectos de contrastar la teoría con la práctica estatal.

9. En cuanto a la promoción del derecho internacional, el Comité destina parte de su tiempo a recibir a profesores y autoridades vinculadas a la interpretación o aplicación del derecho internacional con la finalidad de intercambiar puntos de vista. Durante el pasado año, el Comité recibió, entre otras, la visita de magistrados de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, un representante de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana y dos representantes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, quienes ofrecieron su disponibilidad para colaborar con el Comité en la redacción de la Guía sobre Protección de Personas Apátridas.

10. El Comité impartió su tradicional curso de derecho internacional del 4 al 22 de agosto de 2014 en Río de Janeiro, dedicado a la solución pacífica de controversias en el derecho internacional. Entre los ponentes hubo reconocidos expertos académicos de las Américas y de Europa, asesores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA y funcionarios de organizaciones internacionales. El curso contó entre sus participantes con un antiguo secretario general de la OEA, dos magistrados de la Corte Internacional de Justicia y el Presidente de la Corte Penal Internacional. Asistieron a él 31 estudiantes, 20 de los cuales eran becarios financiados por la OEA.

11. Para más información sobre la labor del Comité Jurídico Interamericano, el orador remite a la Comisión al informe anual de 2014 del Comité a la Asamblea General de la OEA[177]. El orador invita cordialmente a la Comisión a que envíe a algún representante a visitar la sede del Comité en Río de Janeiro con ocasión de alguno de sus períodos ordinarios de sesiones.

12. El Sr. KITTICHAISAREE pregunta si, a la luz de las revelaciones de Edward Snowden, el Sr. Mata Prates considera que el ciberespionaje está prohibido por el derecho internacional consuetudinario y si hay alguna disposición convencional en el sistema interamericano que prohíba tal espionaje. Desea saber si se considera que los 12 principios sobre la privacidad y la protección de datos personales reflejan el derecho internacional consuetudinario en vigor.

13. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que la cuestión planteada por el Sr. Kittichaisaree es muy compleja. En su opinión, el ciberespionaje es un acto ilícito en virtud del derecho internacional consuetudinario. Los 12 principios sobre la privacidad y la protección de datos personales se basan principalmente en el derecho internacional consuetudinario, aunque algunos aspectos reflejan más el desarrollo progresivo.

14. El Sr. NIEHAUS señala que los dos principios fundamentales establecidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a saber, la solidaridad continental y la democracia representativa, fueron ignorados por algunos Estados miembros de la OEA en el pasado, lo que dio lugar a que Cuba quedara excluida de las actividades de la organización. Dado que esa situación está cambiando y Cuba regresará a la organización, el orador desea saber cómo ve el Comité el futuro del sistema interamericano ante el incumplimiento reiterado de esos principios por parte de algunos de sus Estados miembros.

15. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que los Estados miembros del sistema interamericano tienen la obligación de cumplir los principios mencionados por el Sr. Niehaus, aunque puede que no lo hagan de manera uniforme. Al igual que los Estados de otras partes del mundo, los Estados miembros de la OEA han atravesado períodos difíciles en su historia. No obstante, más allá de esos problemas aislados, las Américas han adoptado con firmeza los principios de solidaridad continental y democracia representativa. La Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Carta Democrática Interamericana establecen órganos, mecanismos y procedimientos para garantizar que los Estados respeten los principios que ellos mismos han aprobado.

16. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, que recuerda que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, aprobada en 2004 sobre la base del proyecto de artículos preparado por la Comisión[178], aún no ha entrado en vigor, pregunta qué influencia han tenido sus disposiciones en la práctica de los Estados miembros de la OEA y si, en su jurisprudencia, los Estados miembros aplican las normas contenidas en la Convención o soluciones diferentes. También desea saber qué resultado esperan obtener de la labor del Comité sobre este tema. Se pregunta qué enfoque se propone adoptar el Comité con respecto al tema de la democracia representativa, habida cuenta de que su mandato consiste en promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, y no llevar a cabo un estudio social o político en la materia.

17. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que, para el Comité, la prioridad

[177] Informe anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General de la OEA, 85º período ordinario de sesiones, del 4 al 8 de agosto de 2014 (OEA/Ser.Q CJI/doc.472/14).

[178] Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., párr. 28.

fundamental es alentar la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. Por consiguiente, en el cuestionario enviado a los Estados miembros de la OEA sobre ese tema, la primera pregunta es si el Estado ha ratificado o no la Convención. En las siguientes preguntas se pide información sobre la autoridad judicial o administrativa encargada de resolver las cuestiones relativas a la inmunidad jurisdiccional del Estado. Las respuestas indican que, aunque la mayoría de los encuestados no han ratificado la Convención, los jueces de muchos Estados aplican sus disposiciones o las citan en sus decisiones. Por lo tanto, la Convención influye considerablemente en la jurisprudencia de las Américas.

18. En cuanto al resultado previsto del estudio del Comité sobre la inmunidad, tras hacer un balance de la situación en los Estados miembros de la OEA con respecto a la aplicación de esa inmunidad, el Comité recomendará probablemente a los Estados miembros de la OEA que ratifiquen la Convención, ya que la mayoría aplica sus disposiciones. Así pues, el resultado del estudio puede consistir sencillamente en el fortalecimiento del derecho internacional mediante la reiteración de la necesidad de que los Estados ratifiquen la Convención.

19. Con respecto a la cuestión planteada por el Sr. Niehaus, en estos momentos el alcance de la democracia representativa está siendo objeto de un gran debate en América Latina. Aunque varios artículos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos se refieren de manera expresa al concepto, al igual que una declaración de la Asamblea General de la OEA, vale la pena llevar a cabo otro estudio sobre la base del cual el Comité pueda recomendar nuevas normas no reflejadas actualmente en la Carta de la Organización de los Estados Americanos ni en las declaraciones de la Asamblea General de la OEA.

20. El Sr. CANDIOTI se felicita de que el Comité Jurídico Interamericano tenga la intención de promover la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes por los Estados americanos. También sería conveniente que el Comité, cuando proceda, recomiende que se dé efecto a la Convención mediante la legislación nacional sobre la inmunidad del Estado, teniendo en cuenta que en muchos Estados de América Latina y el Caribe ya existen leyes nacionales sobre las inmunidades jurisdiccionales que podrían armonizarse con las disposiciones de la Convención. Es interesante señalar que un gran número de Estados de la región ya aplican, de hecho, las disposiciones de dicha Convención, pese a no ser todavía partes en el propio instrumento.

21. A fin de reforzar los principios de la democracia representativa en América Latina y el Caribe, donde la mayoría de los Estados son repúblicas, es importante afianzar los valores republicanos, como la separación de poderes, los derechos humanos y la libertad de prensa, que están amenazados en algunos países.

22. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que un estudio de la democracia representativa conlleva un estudio del republicanismo, que es la forma de democracia preferida en las Américas. El Comité también debería tener en cuenta las decisiones de otros órganos técnicos que han desempeñado un papel importante en la evaluación de los mecanismos de protección de los derechos civiles, incluidos los derechos humanos. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dictado recientemente resoluciones importantes en ese sentido, muchas de las cuales promueven el desarrollo progresivo del derecho internacional y, por tanto, hacen una importante contribución al desarrollo de la democracia representativa y la protección de los derechos humanos.

23. El Sr. SABOIA conviene con otros oradores en la importancia de los valores republicanos, como la libertad de prensa y el equilibrio de poderes, en relación con la democracia. Le complace que el Comité Jurídico Interamericano haya decidido examinar la cuestión de la migración regional y le interesa saber si el Comité llevará a cabo el estudio desde alguna perspectiva en particular, como la protección de las personas. Recuerda que la Comisión ha prestado una atención considerable a la cuestión de las migraciones en su labor sobre la expulsión de extranjeros[179].

24. La cuestión del consumo de drogas psicotrópicas ocupa un lugar preponderante en el programa regional de América Latina y el Caribe, debido a la violencia que genera ese fenómeno y la aparente falta de resultados de las políticas actuales, lo que pone en tela de juicio la validez de un enfoque puramente represivo. El orador agradecería que se facilitara más información al respecto.

25. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité tiene la intención de establecer directrices sobre la cuestión de la migración regional, prestando especial atención a asegurar una protección eficaz de los derechos humanos de los migrantes, a fin de que los Estados las aprueben. Si bien los tratados aportan una inestimable seguridad jurídica una vez que entran en vigor, en general los proyectos de convención preparados por el Comité han obtenido pocas ratificaciones; así pues, actualmente suele optar por elaborar proyectos de leyes modelo o directrices, en aras de una mayor flexibilidad, ya que los Estados pueden adoptar esos instrumentos sin verse constreñidos por los obstáculos constitucionales o las tradiciones jurídicas que pueden impedirles ratificar una convención. Además, las leyes modelo pueden aprobarse parcialmente, lo que facilita la armonización gradual de la legislación en las Américas. Junto con su labor en materia de migraciones, el Comité, en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, está articulando un mecanismo que los Estados puedan aplicar de manera uniforme para proteger los derechos humanos de los apátridas, con arreglo a un mandato específico de la Asamblea General de la OEA de redactar un conjunto de directrices sobre ese tema.

26. En relación con el uso de sustancias psicotrópicas, el debate en América Latina y el Caribe se centra sobre

[179] Véase *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), cap. IV, págs. 23 y ss.

todo en el cannabis. Hay acuerdo general en que una política basada únicamente en la represión del tráfico y el consumo de esas sustancias no produce los resultados esperados. Aunque no cabe duda de que es necesario esforzarse continuamente por acabar con el tráfico de ese tipo de sustancias, se está considerando la posibilidad de establecer políticas más flexibles para luchar contra su consumo. Así pues, la legislación nacional de la mayoría de los países de América permite ahora el consumo de determinadas sustancias psicotrópicas y, en los casos en que ese tipo de consumo no está permitido por la ley o los reglamentos internos, está tolerado por las autoridades administrativas. Por lo tanto, en vez de partir de cero o inventar nuevas ideas, el Comité está tratando de elaborar proyectos de directrices o de principios para regular el consumo de ciertas sustancias psicotrópicas teniendo en cuenta la situación actual.

27. Sir Michael WOOD dice que, en efecto, sería muy útil que el Comité y la OEA insten a los Estados miembros a que lleguen a ser partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. Hasta la fecha, hay un total de 18 Estados partes en la Convención, de los 30 que se necesitan para que entre en vigor. Así pues, la contribución de las Américas en ese sentido sería muy valiosa.

28. Con respecto al cuestionario sobre la inmunidad de los Estados, el orador señala las dudas expresadas en el informe anual del Comité a la Asamblea General de la OEA sobre la posibilidad de obtener de los Estados el número de respuestas que sería de desear y quisiera saber si las preguntas han sido enviadas efectivamente a profesores, expertos y organizaciones no gubernamentales, como se indica en el informe. En caso afirmativo, ¿se han recibido respuestas satisfactorias? También pregunta si las respuestas se han hecho públicas y si, por ejemplo, los miembros de la Comisión podrían averiguar lo que se ha dicho acerca de si los tribunales nacionales consideran que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes refleja el derecho consuetudinario. Por último, le interesaría saber si se han hecho progresos con respecto a la inmunidad de las organizaciones internacionales y qué resultado cabe esperar de ese aspecto del tema.

29. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité trata de abordar cuestiones relativas a la inmunidad jurisdiccional con profesores y representantes de organizaciones no gubernamentales en el Curso sobre Derecho Internacional que se celebra anualmente. No obstante, debe tenerse en cuenta que el órgano que toma las decisiones referentes a la inmunidad jurisdiccional siempre es un órgano del Estado, ya sea una autoridad judicial o administrativa, como un ministerio del gobierno. Por consiguiente, el objetivo del cuestionario es identificar los precedentes, lo que resulta bastante complejo en muchos países, mediante la determinación de cómo actúan los Estados cuando se enfrentan a invocaciones de la inmunidad jurisdiccional; en otras palabras, se trata de saber si la autoridad administrativa o judicial de un Estado concreto aceptará esa pretensión y, por tanto, decidirá que no es competente para resolver sobre la causa en cuestión, o si, en alguna ocasión, considerará inadmisible la pretensión de inmunidad jurisdiccional y procederá a la vista de la causa en cuanto al fondo.

30. Hasta el momento, 15 de un total de 35 Estados han respondido al cuestionario, pero el Comité espera recibir hasta 12 respuestas más en breve. Al término del 87º período ordinario de sesiones del Comité, en agosto de 2015, las respuestas recibidas de los Estados sobre la inmunidad jurisdiccional se darán a conocer, ya que el informe de la relatoría sobre ese tema contendrá un análisis de las posiciones de los distintos Estados. Si bien inicialmente el ámbito del tema abarcaba la inmunidad tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales, el Comité decidió después que ambos aspectos debían abordarse por separado, por lo que el cuestionario se centró exclusivamente en la inmunidad de los Estados. Se espera lograr los primeros avances con respecto a la cuestión de la inmunidad de las organizaciones internacionales en el período de sesiones de la Comisión que se celebrará en agosto de 2015.

31. El Sr. VALENCIA-OSPINA toma nota del interés del Comité en la visita de algún representante de la Comisión y dice que es de lamentar que la Comisión no haya estado representada en los períodos de sesiones del Comité Jurídico Interamericano durante muchos años. Esa ausencia no es imputable a la falta de interés de la Comisión, sino a dificultades de programación debidas a que el período de sesiones del Comité se celebra cada año en agosto y casi siempre coincide con la segunda parte del período de sesiones de la Comisión. No obstante, la Comisión debería considerar la posibilidad de enviar a un representante a futuros períodos de sesiones del Comité, tal vez al que se celebra todos los años en marzo, sobre todo porque el Comité Jurídico Interamericano es uno de los órganos regionales más antiguos dedicados a la codificación y el desarrollo del derecho internacional.

32. En segundo lugar, el orador desearía saber si el Comité debe contar con la aprobación de la Asamblea General de la OEA para adoptar medidas, en especial las que toma por iniciativa propia. ¿Puede presentar el resultado de su labor sobre un determinado tema directamente a los Estados o sus recomendaciones deben ser aprobadas de manera oficial por la Asamblea General de la OEA?

33. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité, como órgano principal de la OEA, mantiene relaciones fluidas con la Asamblea General de la OEA y le presenta todos los años, tanto oralmente como mediante un informe anual, los progresos logrados en relación con los mandatos específicos conferidos por la Asamblea, así como los resultados de las actividades emprendidas por iniciativa propia. Aunque envía los cuestionarios directamente a los Estados, no les presenta el resultado final de ningún tema de manera directa; los resultados siempre se presentan a la Asamblea General de la OEA.

34. El Sr. HASSOUNA pregunta si la visita de algún representante de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana al Comité Jurídico Interamericano ha brindado la oportunidad de debatir cuestiones

de fondo de mutuo interés para ambos órganos. Habida cuenta de que tanto los países africanos como los Estados miembros del sistema interamericano han contribuido al desarrollo del derecho internacional mediante el establecimiento de principios universalmente reconocidos en muchas esferas, el orador desearía saber qué tipo de cooperación cabe prever que haya en el futuro entre ambos órganos regionales.

35. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que no se debatieron cuestiones de fondo en la primera reunión entre los representantes de ambos órganos. No obstante, espera que algún representante de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana asista a parte del próximo período ordinario de sesiones del Comité que tendrá lugar en Río de Janeiro. El Comité todavía no ha atendido a la invitación para visitar la sede de la Comisión de la Unión Africana, pero confía en que se establezca una forma de cooperación provechosa en un futuro próximo.

36. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, como Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, está particularmente interesada en los temas de la inmunidad de los Estados y la inmunidad de las organizaciones internacionales que está examinando actualmente el Comité. La oradora pregunta cuál es el enfoque del Comité con respecto a la categoría de funcionarios y, en particular, si solo está examinando la noción de funcionario como una expresión del Estado, una persona que actúa en su nombre, como en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que se refiere principalmente a cuestiones civiles, o si también se propone examinar la inmunidad de los funcionarios como individuos, en particular su inmunidad de jurisdicción penal.

37. El Sr. MATA PRATES (Comité Jurídico Interamericano) dice que, en su próximo período de sesiones, que tendrá lugar en agosto, el Comité espera avanzar en el tema de la inmunidad de los Estados. Con respecto a la condición jurídica de los funcionarios de las organizaciones internacionales, si se encuentran en los Estados en que desempeñan sus funciones, dicha condición suele regirse por el acuerdo de la sede en la materia. En los Estados en que las organizaciones no tienen sede, se aplica el derecho internacional consuetudinario. En las organizaciones regionales la situación es más problemática si los funcionarios están fuera de la zona en que la organización desempeña su labor. Se trata de una cuestión compleja, y la jurisprudencia en la materia es contradictoria. Por ese motivo, los progresos realizados a ese respecto han sido escasos, y el informe de la relatoría que se examinará en el período de sesiones que se celebrará en agosto solo cubrirá el tema de la inmunidad de los Estados.

38. El PRESIDENTE agradece al Sr. Mata Prates la valiosa información que ha proporcionado sobre la labor del Comité y sus respuestas detalladas a las observaciones y preguntas formuladas por los miembros de la Comisión. La Comisión examinará la posibilidad de enviar a uno de sus miembros a que asista a un período ordinario de sesiones del Comité.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. F, A/CN.4/685, A/CN.4/L.870)

[Tema 8 del programa]

Segundo informe de la Relatora Especial (*continuación*)

39. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del segundo informe de la Relatora Especial sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/685).

40. El Sr. FORTEAU dice que el segundo informe tal vez sea demasiado denso; dada la complejidad del tema, quizás hubiera sido mejor centrarse en menos cuestiones. No obstante, el informe contiene mucha información útil, aunque, lamentablemente, no sobre la práctica de los grupos armados no estatales. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que esa práctica merecería ser examinada; la Comisión debería estudiar la manera de abordarla.

41. En cuanto a la metodología del informe, el orador alaba a la Relatora Especial por su prudente valoración del peso que ha de atribuirse a las conclusiones del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[180]; aunque los datos son inestimables, las conclusiones no pueden considerarse vinculantes para los Estados o la Comisión. De la misma prudencia habría que hacer uso con respecto a otros documentos similares, en particular el Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a la guerra cibernética[181], cuyas conclusiones suscitan controversia y que la Relatora Especial ha sobrevalorado un tanto. Además, comparte la opinión de que la Relatora Especial debería haber explicado de manera más sistemática las razones que la impulsan a plantear el proyecto de principios del modo en que lo ha hecho sobre la base de los datos disponibles.

42. En lo que respecta a los proyectos de principio propuestos por la Relatora Especial, al igual que otros miembros, el orador pone en duda la conveniencia de incluir disposiciones sobre los términos empleados y el alcance del proyecto de principios en el preámbulo. Tampoco hay razón para que la Comisión se limite a unos principios; a título de desarrollo progresivo, se pueden proponer recomendaciones o mejores prácticas. Por ejemplo, la Comisión podría proponer a los Estados que lleven a cabo un estudio de los efectos antes de lanzar un ataque que pueda tener graves consecuencias en el medio ambiente. De hecho, el proyecto de principio 5 parece más bien una directriz o recomendación. Por consiguiente, el orador se pregunta si el texto no debería revestir más bien la forma de un proyecto de artículos, como han sugerido otros miembros.

---

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

[181] *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

43. Con respecto al derecho aplicable al tema, la Relatora Especial afirma que el propósito del segundo informe es determinar las normas vigentes sobre conflictos armados que hacen referencia directa a la protección del medio ambiente en relación con esos conflictos. Sin embargo, es igualmente importante identificar las normas de derecho internacional ambiental que podrían seguir aplicándose en caso de conflicto armado. Además, la pertinencia de otras normas, aparte de las relativas a los conflictos armados, queda implícita en la expresión «el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho internacional humanitario», que figura en el proyecto de principio 1. En efecto, es decisivo determinar si las normas aplicables al medio ambiente en tiempos de paz serían aplicables en caso de conflicto armado. Por lo tanto, el orador propone que se realice un estudio caso por caso de los tratados multilaterales universales y los principios generales relativos al derecho ambiental, aprovechando la labor anterior de la Comisión sobre los efectos de los conflictos armados, a fin de determinar si, y en qué medida, esos textos se aplican a los conflictos armados y si se aplican tanto a los no internacionales como a los internacionales. También podría tenerse en cuenta a ese respecto el principio establecido por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)* en relación con la obligación general de los Estados de velar por que las actividades realizadas bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas más allá del control nacional. Los resultados del estudio podrían figurar en anexo al proyecto elaborado por la Comisión sobre el tema.

44. En cuanto al alcance del tema, es preciso aclarar la atención que se prestará a la distinción entre las normas aplicables a los conflictos armados internacionales y aquellas por las que se rigen los conflictos armados no internacionales. La Relatora Especial se refiere a esa cuestión en los párrafos 138 a 140 de su segundo informe. Parece estar a favor de un régimen único que abarque ambos tipos de conflicto armado, un enfoque que tiene sus ventajas. Sin embargo, no explica claramente la metodología empleada para llegar a esa conclusión: la información que figura en el párrafo 6 del informe a ese respecto es demasiado general. Será fundamental adoptar una posición de principio sobre la cuestión si la Comisión opta por la codificación o el desarrollo progresivo de solo las normas aplicables a ambos tipos de conflicto en un intento por crear un régimen unificado.

45. También se plantea la cuestión de cómo se debería abordar en el proyecto el tema de las armas nucleares. El proyecto podría incluir una cláusula «sin perjuicio» relativa específicamente a las armas nucleares. La inclusión de una cláusula de ese tipo estaba justificada en vista de las declaraciones formuladas por varios Estados al ratificar el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, en el sentido de que el Protocolo solo se aplicaría a las armas convencionales. Una cláusula «sin perjuicio» también evitaría que se diera demasiada importancia a la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, que no extrajo conclusiones firmes acerca de si el derecho ambiental ordinario se extendía a las armas nucleares o si se reconocía a estas un estatus especial.

46. En opinión del orador, la explotación de los recursos naturales no debería encuadrarse en el ámbito del tema. Aunque coincide con la Relatora Especial en que la definición de medio ambiente engloba los recursos naturales, lo hace desde el punto de vista de su protección, no de su explotación. Por consiguiente, los ejemplos de práctica citados en los párrafos 83 a 86 del informe, las referencias al fallo dictado en 2005 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)* en los párrafos 106 a 107 y la jurisprudencia sobre la protección de bienes y propiedades de los pueblos y la población civil mencionada en los párrafos 110 a 119 no son pertinentes para la protección del medio ambiente propiamente dicha.

47. El orador desea llamar la atención sobre una serie de lagunas que presenta el proyecto de principios. En primer lugar, se pregunta por qué la Relatora Especial no ha propuesto un proyecto de principio basado en el artículo 55, párrafo 3, del Protocolo I, que establece la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural. Aunque la disposición es muy restrictiva, sobre todo porque los tres criterios son acumulativos, al menos marca un umbral mínimo, y la Comisión podría dar una definición flexible de los tres criterios fijados. Es cierto que algunos Estados han expresado reservas con respecto a esa disposición, pero tales reservas parecen referirse únicamente a la cuestión de las armas nucleares, y ese obstáculo podría salvarse mediante una cláusula «sin perjuicio» sobre dichas armas.

48. El orador se pregunta por qué la Relatora Especial no ha propuesto un proyecto de principio basado en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, de 1976, que ha sido ratificada por un número considerable de Estados. Aunque el CICR ha puesto en duda su carácter consuetudinario, el orador considera que, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional ambiental, es difícil cuestionar ese principio y que, por tanto, habría de incluirse.

49. Por último, la Relatora Especial no ha propuesto un proyecto de principio que prohíba la destrucción del medio ambiente cuando no está justificado por necesidades militares y se hace de manera gratuita, lo que es claramente contrario al derecho internacional, como se establece, por ejemplo, en la resolución 47/37 de la Asamblea General sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. La Relatora Especial tal vez considere que esa prohibición está recogida en el proyecto de principio 1. No obstante, es obvio que hay que distinguir entre ser atacado y ser destruido, una distinción que se hace en otros textos pertinentes, como en la norma 43 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[182].

[182] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules* (nota 180 *supra*), pág. 143 (en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas* (ibíd.), pág. 159).

50. Con respecto al texto del preámbulo del proyecto de principios, el orador está de acuerdo con que sería apropiado incluir en el «Alcance de los principios» una declaración en el sentido de que el proyecto de principios se refiere únicamente a los daños importantes causados al medio ambiente en casos de conflicto armado. Dado que el medio ambiente no solo se protege mediante medidas preventivas y de reparación, sino también de prohibición y precaución, el enunciado de la primera oración de la disposición introductoria titulada «Propósito» debería modificarse en consecuencia. Con respecto a la segunda oración, el orador se pregunta si la expresión «daños colaterales» es un término técnico; quizás debería definirse en la disposición introductoria «Términos empleados», siguiendo el ejemplo del *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*, que se refiere a «daños incidentales»[183].

51. En la primera oración del proyecto de principio 1, se debería suprimir el adjetivo «natural» que aparece después de «medio ambiente» por coherencia con el preámbulo y el proyecto de principio 2. El proyecto de principio 1 podría redactarse en términos más sencillos, eliminando la expresión «carácter civil por naturaleza»; el orador hace suya la propuesta formulada en ese sentido por el Sr. Murphy en la sesión anterior. Sería preferible que el proyecto de principio no estuviese redactado en modo condicional, sino de manera más prescriptiva, y en el comentario correspondiente se debería explicar lo que se entiende por la expresión «derecho internacional aplicable» que figura en la segunda oración. De hecho, la segunda oración, que no está directamente relacionada con la primera, debería ser un principio en sí, idealmente el principio introductorio.

52. En el proyecto de principio 2, el orador conviene en que sería conveniente basar el principio de precaución en el derecho de los conflictos armados, de conformidad con lo establecido en el artículo 57, párrafos 1 y 2, del Protocolo I, y no en el derecho internacional ambiental. El derecho de los conflictos armados es una base más sólida y menos ambigua que la norma 44 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[184], que se sustenta en un principio emergente del derecho ambiental. No obstante, el Comité de Redacción tendría que volver a formular la expresión «deberán aplicarse […] de manera que se intensifique lo máximo posible la protección del medio ambiente» para aclarar su sentido. A tal fin, sería conveniente inspirarse en el enunciado del artículo 57 del Protocolo adicional I y referirse a «evitar» o «reducir todo lo posible» los daños.

53. El orador se pregunta si los proyectos de principio 2 y 3 son redundantes o si deberían fusionarse en un proyecto de principio único para evitar que sean contradictorios. No es lo mismo afirmar que se deben tener en cuenta las consideraciones ambientales que establecer que se debe intensificar lo máximo posible la protección del medio ambiente.

54. El orador apoya el proyecto de principio 3, inspirado en el párrafo 30 de la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en relación con la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, ya que se trata de una manera de introducir los intereses del medio ambiente en las normas clásicas del derecho de los conflictos armados. En su opinión, ese párrafo se refiere, en efecto, al *ius in bello*, y no solo al *ius ad bellum*. Aunque está redactado en términos menos contundentes que en el artículo 55 del Protocolo I, el proyecto de principio ofrece una mayor protección, pues abarca todos los tipos de daño, mientras que el artículo 55 del Protocolo I se aplica únicamente a los daños extensos, duraderos y graves; además, codifica la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, como se establece en el párrafo 30 antes mencionado. Debería adoptarse por esas razones. No obstante, el término «lícitos» debería reemplazarse por «legales» a fin de ajustarlo a la terminología empleada por la Corte.

55. El proyecto de principio 4, que se limita a reproducir el enunciado del artículo 55, párrafo 2, del Protocolo I, debería figurar en el texto de la Comisión, ya que el desarrollo del derecho internacional ambiental de los últimos 40 años deja claro que es ilícito que los Estados participen en ataques contra el medio ambiente como represalias.

56. En lo que respecta al proyecto de principio 5, sería necesario aclarar las circunstancias en que la designación de una zona desmilitarizada sería vinculante no solo para los Estados partes en esa designación, sino también para otros Estados, y en qué casos podría suspenderse esa protección, por ejemplo si la zona se utiliza con fines militares. Además, es preciso añadir un párrafo en el que se defina la expresión «zonas de gran importancia ecológica». Esa recomendación requeriría que el texto se pula a fin de hacerlo más completo y preciso y dotarlo de mayor fuerza jurídica, por lo que debería reconsiderarse en el próximo período de sesiones.

57. El orador recomienda que se remitan las dos primeras disposiciones del preámbulo y los proyectos de principio 1 a 5 al Comité de Redacción.

58. El Sr. TLADI da las gracias a la Relatora Especial por su segundo informe detallado y ampliamente documentado. A diferencia de otros miembros, considera que la Comisión debería elaborar proyectos de principio, y no de artículo, debido al carácter delicado del tema. En el contexto que se examina, los proyectos de principio son mucho más que meras declaraciones destinadas a propiciar determinados comportamientos de los Estados; de hecho, podrían limitar jurídicamente el comportamiento de los Estados. No obstante, difieren de las normas en que no se aplican con arreglo a una fórmula de «todo o nada». En la mayoría de los casos, la solución de redacción más sencilla sería reemplazar el tiempo verbal obligatorio por el condicional; por otra parte, los proyectos de principio 2 y 3, aunque emplean los verbos «deberán» y «deben», respectivamente, podrían concebirse como principios, ya que no imponen a los Estados una determinada manera de proceder, sino que enuncian más bien una serie de factores que han de tenerse en cuenta en el proceso de toma de decisiones.

[183] L. Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, International Institute of Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pág. 9.

[184] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules* (nota 180 *supra*), pág. 147 (en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas* (ibíd.), pág. 163).

59. Con respecto al debate sobre la conveniencia de centrarse en las medidas de la fase II, a saber, las que se deben adoptar para proteger el medio ambiente durante el conflicto armado, en tanto en cuanto las normas relativas a los conflictos armados están suficientemente bien desarrolladas, el objetivo de la Comisión en relación con esa fase debería ser codificarlas con precisión, aunque personalmente no ve por qué se debería descartar el desarrollo progresivo. No obstante, los proyectos de principio no parecen reflejar el enfoque de las tres fases, por lo que debería encontrarse la forma de hacerlo.

60. Es conveniente que la Comisión determine las normas de protección ambiental aplicables a todos los tipos de conflicto armado, independientemente de la distinción entre conflictos internacionales y no internacionales y los distintos marcos jurídicos aplicables a ellos, ya que tanto los conflictos internacionales como los internos pueden causar graves daños al medio ambiente. El orador señala que la Relatora Especial no ha consultado los tratados relativos al medio ambiente para determinar si establecen normas o principios pertinentes para el tema. Confía en que la Relatora Especial tenga la intención de estudiar la interacción entre el derecho internacional ambiental y el derecho internacional humanitario en futuros informes.

61. Pese a la afirmación de que el propósito principal del segundo informe es identificar las normas vigentes sobre conflictos armados que son pertinentes en relación con este tema, la Relatora Especial ha incluido referencias a algunas normas de aplicación más general. Por ejemplo, la providencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte, el 20 de diciembre de 1974, en el caso de los Ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)*, citada en el párrafo 109 del segundo informe, no se refiere a una situación de conflicto armado, sino que alude a la adopción de medidas unilaterales por un Estado que tienen presuntos efectos adversos en el medio ambiente. Por ese motivo, al afirmar en el párrafo 64 que su decisión de desestimar la solicitud «no [afectaba] a las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio natural», la Corte estableció un principio que se podría aplicar en un contexto más amplio que el de los conflictos armados.

62. En respuesta a la solicitud de información que formula la Relatora Especial en el párrafo 90 de su informe, el orador dice que el artículo XV de la versión revisada del Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales abarca la protección del medio ambiente en los conflictos armados y exige a las partes que adopten todas las medidas necesarias para proteger el medio ambiente de posibles daños, que se abstengan de emplear métodos o medios de combate que puedan causar daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente y que se abstengan de recurrir a la destrucción o modificación del medio ambiente como medio de combate o represalia.

63. La Relatora Especial no extrae ninguna conclusión del hecho de que un número considerable de Estados tienen leyes o reglamentos destinados a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. No queda claro si la práctica mencionada en el segundo informe refleja normas existentes o emergentes del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, subsiste la duda de si los proyectos de principio propuestos en el informe reflejan el derecho consuetudinario o son una extrapolación de principios vigentes extraídos de diversas fuentes. La afirmación de que el Consejo de Seguridad ha concedido importancia a la protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado va demasiado lejos, ya que muchas de las resoluciones del Consejo de Seguridad mencionadas se refieren a las causas o la financiación de los conflictos, y no a la protección del medio ambiente. En cualquier caso, sería necesario profundizar un poco más para encontrar más prácticas y obtener más información sobre el contenido de las normas nacionales. El orador desea saber si los diez Estados que han incluido instrucciones sobre la protección del medio ambiente en sus manuales militares también han aprobado leyes nacionales en la materia. ¿Adoptan esos manuales un enfoque diferente al empleado en la legislación? Habida cuenta de la aparente incoherencia en la postura de los Estados Unidos sobre los recursos naturales, como se indica en el párrafo 74 del informe, convendría establecer en qué circunstancias pueden considerarse objetivos legítimos.

64. Dado que los párrafos 92 y 11 del informe parecen contradecirse mutuamente, el orador agradecería que se le aclarase si la jurisprudencia sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados es escasa, o si existe una gran cantidad de jurisprudencia al respecto, pero se limita a unos pocos aspectos del tema. El orador agradecería que hubiera referencias directas a publicaciones especializadas en los futuros comentarios, pues es importante identificar las fuentes de la doctrina en que se basa la Comisión.

65. Aunque los párrafos 97 a 99 del informe plantean la cuestión de cómo la interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos afecta al tema objeto de examen, el informe no indica si la protección del medio ambiente pertenece a la categoría de la protección de los derechos humanos ni por qué el vínculo entre la protección de los bienes y la de los medios de subsistencia hace que los derechos humanos sean pertinentes en el análisis. ¿Cabría explicar la pertinencia de los derechos humanos en virtud del derecho al medio ambiente o, a la inversa, podría decirse que la protección del medio ambiente constituye una subdivisión del derecho de los derechos humanos? ¿O acaso la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente coexisten en paralelo, y el derecho del medio ambiente se aplica con sujeción al derecho internacional humanitario como *lex specialis* en los casos en que ambas ramas de derecho se traslapan? Por consiguiente, el orador acoge con beneplácito la intención de la Relatora Especial de elucidar la relación existente entre este tema y los derechos humanos en su próximo informe.

66. Con respecto a los proyectos de principio propuestos, es necesario aclarar si la definición de «medio ambiente» que figura en la disposición introductoria «Términos empleados» abarca las tierras sin recursos y

si el término «características» engloba valores no relacionados con los servicios, como los aspectos estéticos del paisaje y los atributos recreativos de la naturaleza, como en la definición de medio ambiente establecida anteriormente por la Comisión en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[185]. Asimismo, el orador se pregunta si es correcto suponer que, como los principios están en proceso de redacción, la protección del medio ambiente prevista está relacionada con el medio ambiente natural como tal y no se aplica a determinados derechos humanos, como el derecho al agua, que pueden ser vulnerados por el daño causado a los recursos naturales.

67. El proyecto de principio 1 proclama que el medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza. Es preciso seguir investigando para determinar en qué circunstancias el medio ambiente puede considerarse un bien civil. La Relatora Especial se refiere a la ubicación del artículo 55 del Protocolo I en el capítulo sobre los bienes de carácter civil como una indicación de que el medio ambiente pertenece a esa categoría; no obstante, el artículo 55, párrafo 1, versa sobre el daño al medio ambiente natural causado de alguna manera que perjudique a la salud o la supervivencia de la población. Tal vez sea preferible identificar partes o características del medio ambiente que puedan considerarse bienes de carácter civil.

68. El orador desearía que se estableciera una limitación expresa, aunque no necesariamente absoluta, a la destrucción intencionada del medio ambiente por medios bélicos. También sería conveniente incluir a los actores no estatales en el alcance del proyecto de principios, dada la naturaleza de las guerras modernas y la creciente amenaza de ataques terroristas o ciberataques por esos grupos armados no estatales.

69. En su opinión, el objetivo no es necesariamente elaborar un catálogo de normas basado en el derecho internacional consuetudinario. La norma enunciada en el proyecto de principio 4 es una norma convencional, lo que podría aclararse en el comentario. En cuanto al proyecto de principio 5, el orador no está seguro de si la designación unilateral de una zona de gran importancia ecológica como zona desmilitarizada por un solo Estado producirá efectos jurídicos para otro, o si el Estado autor de la designación es el único que quedará obligado por ella. Antes de que el proyecto de principio 5 pueda aprobarse, se debería determinar su contenido normativo y examinar más a fondo las cuestiones relacionadas con la designación de una zona desmilitarizada y las implicaciones del segundo párrafo propuesto por el Sr. Murphy concerniente a la designación de tales zonas durante un conflicto armado por las partes en el conflicto.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

[185] Resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo. Véase el texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y ss., párrs. 66 y 67.

3266ª SESIÓN

Miércoles 8 de julio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. B, A/CN.4/683, A/CN.4/L.854)

[Tema 4 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Forteau, Presidente del Comité de Redacción, a que presente el informe del Comité de Redacción sobre el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados» (A/CN.4/L.854).

2. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción dedicó dos sesiones, el 4 de junio de 2015, al examen del proyecto de conclusión que el Relator Especial había propuesto en su tercer informe (A/CN.4/683) y del texto modificado de ese proyecto que el Relator Especial presentó al Comité de Redacción habida cuenta de las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria. Así pues, el informe del Comité de Redacción contiene un solo proyecto de conclusión, el proyecto de conclusión 11, titulado «Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales» como había propuesto inicialmente el Relator Especial. Este proyecto de conclusión trata del papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Su tenor y estructura han sido modificados por el Comité de Redacción a la luz de las propuestas del Relator Especial y las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria, y consta de cuatro párrafos.

3. El párrafo 1 enuncia el principio general relativo al papel de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Se han introducido dos modificaciones, que no conciernen al fondo. La referencia a «las normas pertinentes de la organización» se ha trasladado a un nuevo párrafo 4 y la alusión a los apartados *a* y *b* del artículo 31, párrafo 3, se ha suprimido para mantener la coherencia con

[*] Reanudación de los trabajos de la 3262ª sesión.

los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en 2013 y 2014. La primera frase del párrafo 1 recuerda que los «artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena de 1969] son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional». El artículo 5 de la Convención de Viena dispone por añadidura que esta «se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización».

4. Como el Relator Especial explicó en su tercer informe, este proyecto de conclusión no concierne al papel de las organizaciones internacionales en la interpretación de los tratados adoptados en el ámbito de la organización ni en la interpretación de los tratados celebrados por las organizaciones internacionales que no son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. No concierne específicamente a las decisiones de los órganos convencionales integrados por expertos independientes ni a las cuestiones relativas a la interpretación de decisiones de órganos de una organización internacional como tales.

5. La segunda frase del párrafo 1 describe la consecuencia del principio general enunciado en la primera. Enuncia explícitamente la finalidad del proyecto de conclusión y retoma la terminología de proyectos de conclusión anteriores.

6. El párrafo 2 versa sobre la práctica de las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional. El término «partes» no figura en el texto, dado que se emplea ya en las definiciones enunciadas en el proyecto de conclusión 4, que define un acuerdo ulterior y una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, y el artículo 32 remitiéndose al acuerdo o la práctica «de las partes». Esa referencia al proyecto de conclusión 4 se incluirá en el comentario. Este párrafo tiene por objeto indicar que un acuerdo ulterior o una práctica ulterior que se pueda atribuir a las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional y que se deba tener en cuenta en la aplicación del artículo 31, párrafo 3, puede provenir de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo o ser expresión de esa práctica. En otras palabras, la práctica de la organización internacional en el contexto del párrafo 2 no desempeña ningún papel interpretativo en sí misma, sino solo en la medida en que da lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior atribuible a las partes en el instrumento constitutivo (o a algunas de estas, en el caso de una práctica ulterior en el sentido del artículo 32) o es expresión de ellos.

7. Se han elegido las expresiones «provenir» o «ser expresión de» en lugar de «generar» o «articular» para distinguir mejor los dos supuestos diferentes que se enuncian en este párrafo. La práctica de una organización internacional, por un lado, puede generar un acuerdo ulterior o una práctica ulterior o, por otro, puede reflejar un acuerdo ulterior o una práctica ulterior. El verbo «puede» tiene por objeto advertir que hay que mostrarse prudente al evaluar el papel de la práctica de una organización internacional para determinar si ella da lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes o si refleja uno u otra. En fin, el Comité de Redacción ha estimado más oportuno hacer referencia a la práctica de una organización internacional considerada en conjunto más bien que a la práctica de un órgano de una organización internacional, puesto que la práctica de una organización internacional puede ser generada por el comportamiento conjunto de dos o más órganos.

8. El párrafo 3 versa sobre el papel de la práctica de las organizaciones internacionales como tal en la interpretación de su instrumento constitutivo. Reúne los diferentes elementos inicialmente formulados en los párrafos 3 y 4 del proyecto de conclusión 11 propuesto en el tercer informe del Relator Especial. Se ha optado por la expresión «práctica de una organización internacional» en vez de «comportamiento de un órgano de una organización internacional» por los motivos aducidos en relación con el párrafo 2. El Comité de Redacción discutió sobre la posibilidad de atribuir a las organizaciones internacionales el calificativo de «competentes» y concluyó que sería más oportuno tratar esta cuestión en el comentario, en cuanto que esta condición está implícita en toda acción de una organización internacional. Decidió asimismo no calificar de «general» ni de «bien establecida» la práctica de una organización internacional en el texto del párrafo 3, dado que el efecto de esas formas de práctica no siempre está claro o suficientemente consolidado en el derecho internacional general contemporáneo. Por consiguiente, el párrafo 3 se refiere únicamente a la «práctica de una organización internacional» e indica que «puede» contribuir, aunque no contribuye necesariamente, a la interpretación. Se subrayó que la Comisión podría volver a examinar la definición de «otra práctica ulteriormente seguida» en el proyecto de conclusión 1, párrafo 4, y «otra práctica ulterior» en el proyecto de conclusión 4, párrafo 3, a fin de aclarar si la práctica de una organización internacional como tal puede clasificarse en esa categoría que, por ahora, se limita a la práctica de los Estados partes.

9. El Comité de Redacción ha excluido la posibilidad de que el papel interpretativo de la práctica de las organizaciones internacionales se base en el artículo 31, párrafo 3, ya que ese párrafo se refiere únicamente a la práctica de las partes. Consideró asimismo que no era posible limitar el papel de la práctica de las organizaciones internacionales al artículo 32 y, por tanto, decidió vincularla al artículo 31, párrafo 1, así como al artículo 32. Esto significa, en particular, que la práctica de la organización internacional no modifica la regla general de interpretación del artículo 31 sino que solo contribuye a la aplicación de esa regla general, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización (conforme a lo dispuesto en el párrafo 4). Esto aclara asimismo la distinción con el párrafo 2 del proyecto de conclusión, que concierne al papel indirecto que la práctica de la organización internacional puede desempeñar en virtud del artículo 31, párrafo 3.

10. El párrafo 4 se basa en el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969, de cuyo texto es un calco. El Comité de Redacción decidió incluir esta disposición en un párrafo separado porque se aplica en los supuestos previstos en los párrafos 1 a 3. Estimó preferible igualmente mencionar esas normas en el último párrafo a fin

de no hacer demasiado hincapié en ellas. Acordó que la expresión «normas […] de la organización» debía definirse de la misma manera que en la Convención de Viena de 1969 y los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[186].

11. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a aprobar el proyecto de conclusión.

Queda aprobado el proyecto de conclusión.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. F, A/CN.4/685, A/CN.4/L.870)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

12. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a retomar el examen del segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/685).

13. El Sr. HASSOUNA, tras felicitar a la Relatora Especial por la calidad de su segundo informe, dice que el tema examinado se sitúa en la intersección de diferentes regímenes de derecho internacional, en los que ya existen diversos principios y conceptos similares, algunos de los cuales coinciden, que deben ser adaptados y coordinados para que se puedan aplicar eficazmente a la luz de la evolución del derecho internacional y el sistema internacional. Así pues, este tema es difícil de abordar, tanto porque depende de diferentes ramas del derecho internacional como en razón de la evolución del sistema internacional, en particular de la naturaleza de los conflictos. Existe efectivamente un gran número de conflictos armados de naturaleza e intensidad diferentes, durante los cuales el medio ambiente sufre a menudo graves daños. Debido a la gran diversidad de esos conflictos, a la que se hace alusión en el informe, es difícil determinar qué normas del derecho de la guerra se aplican a cada una de esas situaciones. Aunque algunas normas de derecho consuetudinario se aplican sistemáticamente, otras dependen de la naturaleza del conflicto.

14. En su segundo informe, la Relatora Especial ha pasado revista a las normas existentes del derecho de los conflictos armados que interesan directamente a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Al mismo tiempo, ha echado mano de diversas fuentes, entre otras la práctica de los Estados, los tratados pertinentes, la jurisprudencia y el derecho internacional humanitario. Cabe lamentar, sin embargo, que no haya examinado la práctica de los grupos armados no estatales, cuyas actividades pueden tener importantes consecuencias para el medio ambiente. Si bien es verdad que esos grupos tienen el deber de respetar el derecho de los conflictos armados, no parece que se haya tomado ninguna medida concreta para obligarlos a ello. Sin embargo, a los Estados incumbe no solo respetar el derecho de los conflictos armados, sino también velar por que lo respeten los grupos armados no estatales.

15. En general, la Relatora Especial ha señalado en su segundo informe que las normas relativas a la protección del medio ambiente se aplicaban mejor en los conflictos armados internacionales que en los conflictos armados no internacionales. A juicio del orador, sería conveniente mencionar, por lo menos en el comentario de los proyectos de principio, las importantes diferencias que existen entre esos dos tipos de conflictos, en especial para determinar las lagunas en materia de protección, las causas de esas lagunas y las diferentes soluciones entre las que se puede optar.

16. Se han expresado opiniones diversas acerca de la forma que debería revestir el resultado de los trabajos de la Comisión sobre el tema que se examina. Teniendo en cuenta el objeto de los trabajos en curso y con vistas a su aprobación por los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sería preferible optar por unos proyectos de principio de carácter jurídico. A la luz de las observaciones que ha hecho la Relatora Especial acerca del preámbulo del proyecto de principios, el orador estima que habría que reexaminar el planteamiento de ese proyecto al objeto de determinar hasta qué punto cada principio se aplica a las diferentes fases y de interpretar algunos términos vagos, como el de «daños colaterales». Se debería mantener el párrafo titulado «Términos empleados», que esclarece el contenido del proyecto de principios. El orador aprueba la definición de «conflicto armado» propuesta, que es conforme a la enunciada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y que acertadamente engloba los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, estima que la definición del medio ambiente es demasiado general y que se debería revisar para circunscribirla exactamente al medio ambiente en relación con los conflictos armados.

17. En el proyecto de principio 1, la Relatora Especial califica el medio ambiente natural de bien de «carácter civil», protegido como tal por el derecho internacional humanitario y el derecho de los conflictos armados. Algunos especialistas comparten este punto de vista, mientras que otros estiman que no se puede calificar el medio ambiente en conjunto como «bien», porque este término remite tradicionalmente a bienes materiales y no a conceptos abstractos. Por lo tanto, el orador opina que habría que volver a redactar el proyecto de principio como sigue: «Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se convierta en un objetivo militar», como se ha propuesto. En este mismo proyecto de principio, la Relatora Especial emplea la expresión «medio ambiente natural», que se encuentra en el derecho internacional, mientras que el párrafo titulado «Términos empleados», que la Comisión aprobó provisionalmente en el período de sesiones anterior, incluye una definición de la expresión «medio ambiente». Esto puede inducir a pensar que esas dos expresiones no son sinónimas y, por tanto, suscitar cierta confusión y dar lugar a interpretaciones divergentes. Además, si se establece que el medio ambiente natural «no puede ser atacado, a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar», sería útil especificar en el comentario en qué circunstancias un

[186] Resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

bien de carácter civil se convierte en un objetivo militar y, por lo tanto, puede ser atacado. También convendría precisar el sentido de las palabras «una parte de él» y explicar cómo el medio ambiente puede «contribuir eficazmente a la acción militar». Por otra parte, la segunda oración del proyecto de principio, que podría constituir un proyecto de principio con todas las de la ley cuya aplicación correspondería a la esfera del proyecto de principio 2, se debería modificar en consecuencia.

18. El proyecto de principio 2 presuntamente indica que los principios de derecho internacional humanitario se aplican cuando el objetivo militar atacado forma parte del medio ambiente. Sin embargo, en opinión del orador, esos principios deberían adaptarse en función de las características específicas del medio ambiente. Además, la magnitud de los daños causados al medio ambiente se debería evaluar a la luz de datos científicos precisos. Habría que aclarar también que el principio de proporcionalidad se aplica a las partes del medio ambiente que han dejado de estar protegidas. Esto plantea la cuestión de la definición de las «partes» del medio ambiente y refleja las dificultades que suscita tal definición cuando los recursos no se pueden dividir ni separar. Por último, en la versión inglesa, convendría sustituir «*enhance*» por «*ensure*».

19. Los proyectos de principio 3 y 4 se refieren ambos al concepto de objetivo militar lícito y las consideraciones que hay que tener en cuenta en la evaluación de las situaciones. Podrían fusionarse, pues, en un solo proyecto de principio, compuesto por dos párrafos y con un título elocuente. Por otra parte, sería útil poner título a cada proyecto de principio, como así se ha hecho en otros proyectos elaborados por la Comisión. Además, convendría aclarar en el comentario el concepto de «represalias» que figura en el proyecto de principio 4. En realidad, si bien es verdad que las disposiciones enunciadas en el Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV) de 1949 han llegado a ser normas de derecho internacional consuetudinario, no se puede decir con la misma seguridad que así ha ocurrido también en lo que se refiere a las disposiciones establecidas en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I).

20. En lo que concierne al proyecto de principio 5, el orador también estima que convendría aportar al respecto algunas precisiones, sea en el texto del proyecto mismo, sea en el comentario. Cabría especificar, por ejemplo, que un Estado puede designar unilateralmente zonas desmilitarizadas durante la fase previa al conflicto y que, en caso de conflicto de larga duración, el acuerdo de las dos partes es necesario. Se podrían aportar ejemplos de zonas de gran importancia ecológica y describir los aspectos prácticos de la designación y la gestión de esas zonas. En otras palabras, habría que aclarar este concepto. Sin perjuicio de estas observaciones, el orador aprueba todos los proyectos de principio propuestos y se declara a favor de que se remitan al Comité de Redacción.

21. En cuanto al programa de trabajo futuro, el orador observa con satisfacción que la Relatora Especial tiene la intención, en su tercer informe, de concluir el estudio de las tres fases temporales, que en realidad son interdependientes, y de presentar un análisis completo de ellas. Toma nota asimismo con satisfacción de que la Relatora Especial se propone proseguir sus consultas con otras entidades, como el CICR, la UNESCO y el PNUMA, así como con organizaciones regionales. Habida cuenta de la pertinencia e importancia de sus actividades, el orador estima que sería útil interesarse por las mejores prácticas y los puntos de vista de esas entidades, que operan en la intersección de ramas muy diferentes del derecho internacional.

22. Finalmente, por lo que respecta al curso que hay que dar al tema después de la presentación del tercer informe y la aprobación de las propuestas que en él se hagan, la Relatora Especial ha opinado que incumbiría a la Comisión o los Estados valorar la oportunidad de continuar los trabajos. Es evidente que la Comisión deberá dar su opinión sobre el camino que hay que seguir, pero, a juicio del orador, esa opinión deberá basarse ante todo en la de la Relatora Especial, a quién corresponderá determinar si todos los aspectos del tema que ha propuesto han sido tratados de manera exhaustiva.

23. El Sr. PARK, tras felicitar a la Relatora Especial por su estudio detallado de la jurisprudencia relativa al tema examinado y sus investigaciones en profundidad sobre el derecho aplicable en tiempo de conflicto armado, señala que la abundante bibliografía que acompaña el informe será muy útil para los trabajos futuros de la Comisión. El orador está tanto más interesado en el tema examinado que la Zona Desmilitarizada que separa las dos Coreas desde hace más de 60 años y se extiende sobre más de 900 km^2 se ha convertido con el tiempo en una zona de protección excepcional del ecosistema formado por la fauna y la flora o, en palabras del proyecto de principio 5, una zona «de gran importancia ecológica». Sin embargo, esa zona es frágil, ya que podría fácilmente quedar destruida si un día estallara un conflicto armado.

24. Antes de abordar el texto del preámbulo y los cinco proyectos de principio, el orador desea hacer unas observaciones generales sobre el alcance del tema, acerca en especial de la metodología y las definiciones de trabajo de las expresiones «conflicto armado» y «medio ambiente» propuestas con carácter provisional por la Relatora Especial, puesto que esas definiciones le parecen esenciales para imprimir al tema su orientación.

25. Por lo que respecta, ante todo, al enfoque temporal en tres fases, en el período de sesiones anterior quedó perfectamente aclarado que era imposible diferenciar estrictamente las tres fases y la Relatora Especial anunció que el segundo informe versaría sobre la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, incluidas las normas del derecho de los conflictos armados que podían ser de utilidad a los efectos de la protección del medio ambiente durante un conflicto armado y las normas que podían crear obligaciones antes de un conflicto armado. Sin embargo, como acertadamente ha señalado el Sr. Murphy, la lectura del segundo informe no permite distinguir las normas aplicables antes de un conflicto armado de las que se aplican durante ese conflicto, así como tampoco los proyectos de principio propuestos parecen poner de manifiesto ninguna diferencia entre esas fases. Por consiguiente, el orador desearía saber si la

Comisión tiene el propósito de continuar adoptando ese enfoque. De ser así, sería preferible reordenar los proyectos de principio siguiendo el orden cronológico correspondiente a las tres fases.

26. La definición de trabajo propuesta para el conflicto armado aparentemente requiere algunas aclaraciones. Como hace observar la Relatora Especial en su segundo informe, frente a la considerable diversidad de los conflictos armados y las realidades de los conflictos armados modernos, es necesario determinar el alcance de la expresión «conflicto armado» tal como se aplica en el proyecto de principios. Los conflictos armados más frecuentes actualmente son conflictos armados sin carácter internacional y estallan entre grupos armados no estatales, y el modelo de la guerra asimétrica entre un Estado y actores no estatales ha llegado a ser más corriente que los tradicionales conflictos armados internacionales entre Estados. Aun cuando la definición propuesta por la Relatora Especial toma debidamente en consideración esta situación, su razonamiento comprende elementos inquietantes. En primer lugar, la Relatora Especial admite, en el párrafo 8 del informe, que es muy difícil obtener información sobre la práctica de los Estados en el caso de los conflictos armados no internacionales, y luego, en el párrafo 9, que no pudo examinar la práctica de los grupos armados no estatales. Cabe preguntarse, pues, cómo la Comisión podrá proseguir sus trabajos sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados no internacionales a falta de información suficiente sobre la práctica de los beligerantes y los grupos armados no estatales. En segundo lugar, si bien afirma en el párrafo 8 del informe que el comportamiento de los actores no estatales no constituye «práctica» a los efectos del tema examinado y, en el párrafo 6, que «[n]o todas las normas aplicables en relación con los conflictos armados internacionales se consideran igualmente aplicables a los conflictos armados de índole no internacional», la Relatora Especial prosigue diciendo en el mismo párrafo que «[a]l mismo tiempo, es evidente que […] principios fundamentales, como el principio de distinción y el principio de humanidad […] reflejan normas de derecho consuetudinario y pueden ser de aplicación a todos los conflictos armados, independientemente de su clase». Con todo, es lícito dudar que se pueda obligar a grupos armados no estatales, como el EIIL o Boko Haram, que por supuesto son grupos terroristas pero representan también un nuevo tipo de beligerantes que eluden todo control de los poderes públicos, a respetar los principios fundamentales de carácter consuetudinario que prohíben la destrucción del medio ambiente natural o el saqueo, el pillaje y la explotación de los recursos naturales. Conviene advertir a este respecto que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, incluye solo una disposición expresa aplicable a los daños causados al medio ambiente natural durante un conflicto armado, a saber, el párrafo 2 *b* iv) de su artículo 8. Por consiguiente, si se reconoce que es difícil obtener información sobre la práctica de los grupos armados no estatales y que así se corre el riesgo de perjudicar a los debates de la Comisión, quizás sería preferible concentrarse en los principios aplicables a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados internacionales, sin perjuicio de que se especifique que algunos de esos principios se aplican *mutatis mutandis* a los conflictos armados no internacionales.

27. La definición del medio ambiente propuesta por la Relatora Especial necesita asimismo ser precisada, ya que los razonamientos incluidos en el informe tienden a atribuirle un alcance extensivo. En primer lugar, bien que en el párrafo 15 del informe se señale la necesidad de profundizar en el análisis de la relación entre protección jurídica de los recursos naturales y medio natural y que la Relatora Especial especifique que la cuestión de los recursos naturales como causa desencadenante de los conflictos no se abordará por separado, las resoluciones del Consejo de Seguridad mencionadas en los párrafos 79 y siguientes como ejemplos de la protección del medio ambiente en realidad versan únicamente sobre la protección de los recursos naturales. Lo mismo sucede en lo que respecta al análisis de la jurisprudencia, ya que si bien se dice en el párrafo 96 que debe distinguirse entre la protección del medio ambiente como tal y la protección de los objetos naturales del medio natural y los recursos naturales, la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)* citada en el párrafo 106 a título de ejemplo de la protección del medio ambiente versa sobre la cuestión del saqueo, el pillaje y la explotación de los recursos naturales. Ahora bien, el orador comparte la opinión del Sr. Forteau, según el cual las cuestiones relativas a la explotación de los recursos naturales no conciernen directamente al tema examinado y no entran en su ámbito de aplicación. Conviene recordar además que la Relatora Especial distinguía asimismo en su informe preliminar entre el «medio ambiente natural» y el «medio humano»[187], lo cual parecía necesario para circunscribir el alcance del estudio al primero y excluir de él al segundo, que es difícil de definir concretamente. No obstante, algunos de los análisis que figuran en el segundo informe hacen caso omiso de esa distinción. Así sucede, en particular, en el capítulo dedicado a la jurisprudencia, con el análisis de las causas en las que los diferentes órganos jurisdiccionales internacionales mencionados trataron la cuestión de la situación de los pueblos y las poblaciones civiles y en las que las decisiones citadas se refieren a cuestiones relacionadas con el medio humano. Ahora bien, la Comisión, si tomara en consideración esas cuestiones en relación con el tema que se examina, se arriesgaría a extender su alcance a puntos concernientes a la protección de los civiles en tiempo de guerra ya regidos por el Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV). Limitar expresamente el alcance del tema al medio ambiente natural permitirá lograr resultados más concretos. El orador también señala una falta de coherencia, que convendría corregir, en el empleo de las expresiones «medio ambiente» y «medio ambiente natural».

28. Finalmente, siempre a propósito del alcance del tema, en el párrafo 13 del segundo informe se menciona expresamente que no abarca las armas químicas y bacteriológicas. Ahora bien, cabe poner en tela de juicio que tal exclusión sea posible en la medida en que parece difícil designar la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles como uno de los marcos normativos más restrictivos que existen en materia de

[187] Véase *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, pág. 223, párr. 83.

protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados sin tomar en consideración las armas químicas. Cuanto más que, como es bien sabido, el empleo de agentes defoliantes tóxicos fue lo que inspiró la adopción de esta Convención. Así pues, sería útil delimitar de manera mucho más precisa el alcance con respecto a la cuestión de las armas.

29. El orador aborda el texto del proyecto de principios propiamente dicho y pregunta si, en la oración por la que se delimita el alcance de los principios, la Comisión se propone conservar la expresión «conflictos armados» o reemplazarla, por ejemplo, por «conflictos armados internacionales» o por «principalmente en relación con los conflictos armados internacionales». En cuanto al propósito de los principios, estima que las palabras «mediante la adopción de medidas preventivas y de reparación» son demasiado restrictivas, ya que la Relatora Especial se refiere en otra parte del informe a las medidas de preparación, prevención, reparación y reconstrucción. Por consiguiente, sería preferible sustituirlas por una fórmula más amplia, como «en relación con los conflictos armados, antes o después de un conflicto armado y durante este». Además, al orador le pareció a lo largo de su lectura del informe que era necesario introducir una distinción entre los actos tendentes intencionalmente a la destrucción del medio ambiente, como estrategia de conflicto armado, y los daños colaterales causados al medio ambiente durante un conflicto armado. Por último, las disposiciones relativas al alcance, el propósito de los principios y los términos empleados sería mejor que figurasen en el texto mismo que en un preámbulo.

30. Por lo que respecta al proyecto de principio 1, el orador piensa que convendría suprimir la expresión «carácter civil», como han propuesto otros miembros. Además, es lícito poner en duda la pertinencia de las palabras «a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar». En efecto, será difícil determinar qué «partes» del medio ambiente basta utilizar con fines militares para que este se convierta en objetivo militar. Sería preferible, pues, sustituir esas palabras por una nueva frase inspirada en el párrafo 189 del segundo informe, de modo que el texto del proyecto de principio 1 diga así: «El medio ambiente natural en sí no puede ser objeto de ataques. No obstante, puede convertirse en un objetivo militar en virtud de su naturaleza, ubicación, objeto o utilización». Además, el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo I, según el cual «[e]n la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves», debería reproducirse bien en el texto del principio 1, o bien por separado, ya que figura entre los principios pertinentes para el tema que se examina.

31. El proyecto de principio 2, que abarca todos los principios aplicables en general a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, menciona el principio de las precauciones en el ataque, pero cabe preguntarse tras la lectura del informe por qué la Relatora Especial no ha tratado de formular una disposición más amplia.

32. Se ha dicho ya de sobra que el proyecto de principio 3 se inspira directamente en la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Sería útil, sin embargo, completarlo con un segundo párrafo que retomara una afirmación que figura en el párrafo 129 del segundo informe, esto es, que «debe evaluarse el riesgo de daño ambiental […] objetivamente y sobre la base de la información disponible en cada momento».

33. Como también se ha dicho anteriormente, cabe preguntarse si el proyecto de principio 4 se apoya en elementos correspondientes a la práctica general de los Estados sobre esta cuestión. En efecto, como ha señalado el Sr. Murphy, cierto número de Estados siguen sin estar obligados por el artículo 55 del Protocolo I y se desprende además del párrafo 180 del informe que el valor jurídico de los manuales sobre el derecho internacional aplicable en los conflictos armados en los que se basa una parte del citado estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[188] sigue siendo indeterminado. Por lo demás, para impulsar el debate sobre las represalias, sería interesante que la Comisión examinara si se podría reservar a los daños al medio ambiente un trato análogo al que se aplica a la cuestión de la prohibición de las represalias con respecto a las personas protegidas por los tratados de carácter humanitario tal como se desprende del párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969.

34. Por último, aun cuando el orador comprende perfectamente la importancia de las zonas o los espacios naturales protegidos a que se refiere el proyecto de principio 5, sería preferible que esas zonas fueran designadas por los beligerantes de común acuerdo y no por declaración unilateral de una de las partes. Por lo demás, este proyecto de principio corresponde más bien a la fase I.

35. El Sr. WISNUMURTI alaba el excelente segundo informe de la Relatora Especial y la claridad de su presentación. Antes de formular algunas observaciones generales seguidas de observaciones particulares sobre los distintos proyectos de principio, el orador desea abordar con detenimiento el texto del preámbulo propuesto. Está de acuerdo en que habrá que mejorarlo, a fin de que su texto corresponda a las exigencias planteadas a este respecto. Sin perjuicio de las mejoras que haya que introducir en su redacción, las dos disposiciones que figuran bajo el título de «Propósito» deberían mantenerse en él. Quizás fuera útil que la Relatora Especial propusiera un proyecto de preámbulo más completo antes de remitirlo al Comité de Redacción. Por lo que hace a los términos empleados, es verdad que la definición del medio ambiente propuesta es demasiado amplia y que convendría modificarla con el fin de precisarla y limitar su alcance. Además, es de lamentar que las expresiones «medio ambiente» y «medio ambiente natural» se utilicen de forma intercambiable, pero se podrá resolver ese problema modificando la definición y el texto de los proyectos de principio en cuestión. El orador comparte el punto de vista de que el enunciado de los proyectos

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

de principio, en particular los proyectos de principio 1 y 2, es similar al de unos proyectos de norma en razón del uso de los verbos modales «*shall*» y «*must*» en la versión inglesa. Estima preferible, si se desea proseguir por la vía de un proyecto de principios, reemplazarlos por fórmulas de carácter más incitativo, como «*should*» y «*may not*». Se opone a la solución consistente en modificar la forma final de los trabajos en un «proyecto de artículos» y apoya la elección de la expresión «proyecto de principios» por parte de la Relatora Especial.

36. En cuanto a las observaciones generales, el orador aprueba asimismo el enfoque consistente en limitar el alcance del tema examinado, aunque estima que no habría que restringirlo demasiado. Opina así, a la luz de las realidades actuales en ciertas regiones, que la cuestión de la protección del patrimonio cultural y natural debería incluirse en el ámbito del tema. También es partidario de que se tomen en consideración los conflictos no internacionales, que representan un tipo de conflicto prevaleciente en diferentes regiones del mundo y que entran en la definición de los conflictos armados propuesta por la Relatora Especial.

37. En opinión del orador, la Relatora Especial ha estado acertada al optar por centrar su segundo informe en la determinación de las normas existentes que rigen los conflictos armados que interesan directamente a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por lo general, los miembros de la Sexta Comisión acogieron favorablemente el enfoque temporal en tres fases (antes y después del conflicto y durante este), lo que es alentador. El orador, si bien está convencido de que la fase II debería constituir el meollo del tema, considera esencial velar por que, a fin de cuentas, se atribuya el mismo peso a cada una de las tres fases, aun cuando, por otro lado, admite que no se puede establecer una delimitación estricta entre esas fases en la medida en que, como la Relatora Especial reconocía en su informe anterior, las normas que respectivamente se aplican a ellas tienden a confundirse. Esto no significa, sin embargo, que no haya que diferenciar las tres fases en el proyecto de principios, y sería útil que la Relatora Especial revisara la estructura del proyecto en ese sentido.

38. Las respuestas de los Estados a la petición de información de la Comisión y la información relativa a la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales que figura en los capítulos IV y V del segundo informe, respectivamente, son muy útiles. Visto que muchos Estados cuentan con legislación relativa a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y que esta desempeña un papel importante, convendría añadir un proyecto de principio separado que establezca que cada Estado, unilateralmente o en el marco de acuerdos internacionales, se compromete a proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados mediante la adopción de medidas legislativas de conformidad con el derecho internacional aplicable.

39. Con respecto al capítulo VII, titulado «Derecho aplicable durante los conflictos armados», el orador señala que la Relatora Especial, al término de un análisis centrado en tres instrumentos —la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, el Protocolo I y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional—, concluye que pocas disposiciones convencionales pertenecientes al derecho de los conflictos armados conciernen directamente a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. No obstante, el Protocolo I contiene dos disposiciones cuya importancia merece ser destacada, esto es, el artículo 35 (Normas fundamentales) y el artículo 55 (Protección del medio ambiente natural), acerca de las cuales la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, llegó a la conclusión de que «[e]n su conjunto, esas disposiciones estatuyen una obligación general de proteger el medio natural contra daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente» (párrafo 31 de la opinión). La misma obligación se vuelve a encontrar en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles. Subrayando la importancia de la primera frase del párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo I, el orador estima que habría que añadir al proyecto un principio inspirado en esa disposición, que diga así: «En la conducción de los conflictos armados se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves».

40. Por lo que hace a los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados —principios de distinción, proporcionalidad y precauciones—, el orador está de acuerdo en que los que se consideran parte del derecho internacional consuetudinario se tengan en cuenta en el proyecto de principios. Aprueba el proyecto de principio 1, que es conforme al artículo 52 del Protocolo I y refleja bien la esencia del principio de distinción, a condición de que se sustituya, en la versión inglesa, el término «*portions*» por «*parts*», aunque también podría aceptar el nuevo texto propuesto por el Sr. Murphy («Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar»), con lo que su propuesta perdería toda razón de ser. No tiene nada que objetar respecto del proyecto de principio 2, ya que la obligación que en él se enuncia de aplicar, además de los principios de distinción y proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar, el principio de las precauciones en el ataque de manera que se intensifique lo máximo posible la protección del medio ambiente es conforme al objeto del principio de las precauciones en el ataque tal como está establecido en derecho internacional consuetudinario, a saber, proteger la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil.

41. El principio de proporcionalidad como norma fundamental del derecho de los conflictos armados, que es objeto del proyecto de principio 3, también está arraigado en derecho internacional consuetudinario. Figura enunciado en el artículo 51, párrafo 5 *b*, y el artículo 57 del Protocolo I, así como en la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia con respecto a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, según la cual «los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinan qué es necesario y proporcional para lograr objetivos militares legítimos» (párr. 30). *A priori*, el orador no tiene nada que objetar en lo que concierne al proyecto de principio 3, pero se pregunta si es verdaderamente necesario;

tal vez sería preferible incluir su tenor en el proyecto de principio 2, que ya establece que el principio de proporcionalidad deberá aplicarse durante un conflicto armado.

42. La cuestión de las represalias entre beligerantes se analiza a la luz del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, los trabajos anteriores de la Comisión pertinentes a este respecto y el artículo 55, párrafo 2, del Protocolo I, que prohíbe los ataques contra el medio ambiente natural a modo de represalias, prohibición enunciada asimismo en el Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a la guerra cibernética[189]. Existen, pues, elementos suficientes para justificar la prohibición enunciada en el proyecto de principio 4. Con todo, quizás fuera deseable atenuar su carácter absoluto incorporándole algunos de los elementos de la definición de represalias dada por el CICR, que se cita en el párrafo 134 del informe.

43. Pasando a considerar el capítulo VIII del segundo informe, dedicado a las zonas protegidas, el orador dice contarse entre los miembros que han propuesto que la cuestión de la protección del patrimonio cultural y el patrimonio natural se estudie en el marco del tema y estima, por lo tanto, que el proyecto de principio 5 debería referirse asimismo a las zonas en cuestión. Para terminar, toma nota del programa de trabajo futuro propuesto por la Relatora Especial, en particular de su intención de articular más claramente las tres fases del proyecto de principios.

44. El Sr. CANDIOTI pregunta si de las observaciones que han hecho los Sres. Hassouna y Wisnumurti acerca de la parte del proyecto titulada «Preámbulo» hay que deducir que se oponen a que se remitan los párrafos correspondientes al Comité de Redacción.

45. El Sr. SABOIA se adhiere a la propuesta del Sr. Wisnumurti de que se incluya un proyecto de principio inspirado en el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo I.

46. La Sra. JACOBSSON (Relatora Especial) dice que ha agrupado los tres primeros párrafos, titulados «Alcance de los principios», «Propósito» y «Términos empleados», respectivamente, en lo que ha denominado un «preámbulo» porque, a su juicio, esas disposiciones no se pueden calificar de «principios». Reconoce que el término «Preámbulo» quizá no sea el apropiado y se excusa por la confusión que ese título parece haber suscitado en el ánimo de algunos miembros.

47. El Sr. HASSOUNA, en respuesta al Sr. Candioti, dice que, como ha propuesto la Relatora Especial, es partidario de que se remitan al Comité de Redacción los cinco proyectos de principio y los dos primeros párrafos del preámbulo (alcance y propósito).

48. El Sr. KAMTO considera indispensable, en la presente etapa de los debates, zanjar la cuestión de si el objetivo de la operación es elaborar un proyecto de principios, como propone la Relatora Especial, o un proyecto de artículos, como parece que desean algunos miembros. Por lo que respecta al preámbulo, sería preferible, cualquiera que sea la fórmula escogida, que se revise conforme a las normas de presentación usuales antes de remitirlo al Comité de Redacción.

49. El Sr. CANDIOTI se declara a favor de la elaboración de un proyecto de principios, es decir, de normas generales. Por lo que respecta a su estructura, propone que ese proyecto conste de un preámbulo, en el que se podría integrar el propósito de los principios, seguido de una parte introductoria en la que figuren los párrafos sobre el alcance y los términos empleados y, después, de una parte dedicada a los principios propiamente dichos, dividida en tres secciones relativas a los principios aplicables, respectivamente, antes o después del conflicto y durante este, y, por último, de una parte que incluya, por ejemplo, las cláusulas de salvaguardia o «sin perjuicio».

50. El Sr. WISNUMURTI dice que, por ahora, solo los cinco proyectos de principio le parece que están listos para ser remitidos al Comité de Redacción, mientras que las disposiciones del preámbulo, en su opinión, deben ser aclaradas y mejoradas.

51. El Sr. TLADI dice que, si hay preámbulo, debe ser conforme a la presentación habitual. Calificar como «principios» el alcance, el propósito y los términos empleados sin duda no es correcto desde el punto de vista estilístico y puede entender la renuencia de la Relatora Especial a este respecto, pero ello no constituiría realmente un problema con respecto a la práctica de la Comisión, cuyos proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera aprobados en el presente período de sesiones comprenden, por ejemplo, un proyecto de directriz 1 sobre los términos empleados y un proyecto de directriz 2 sobre el ámbito de aplicación[190].

52. El Sr. FORTEAU comparte la opinión del Sr. Kamto y dice que es importante que la Comisión decida si desea elaborar un proyecto de principios o un proyecto de artículos y que, si opta por lo primero, se inspire en la estructura de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobados en 2006[191], que constan de un preámbulo, tres principios relativos respectivamente al ámbito de aplicación, los términos empleados y los propósitos y una lista de principios de fondo.

53. Sir Michael WOOD dice que no es oportuno, a su juicio, discutir en esta fase del debate sobre la forma que debería revestir el proyecto final. Sería preferible además volver a la cuestión de qué partes del proyecto deberían remitirse al Comité de Redacción una vez que hayan hablado todos los miembros que deseen intervenir acerca del segundo informe.

54. El Sr. KITTICHAISAREE quiere hacer cinco observaciones generales acerca del segundo informe y sugerencias específicas sobre todos los principios propuestos.

---

[189] *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

[190] Véase *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 18 y ss., párrs. 53 y 54.

[191] Resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo. Véase el texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y ss., párrs. 66 y 67.

55. En primer lugar, al igual que los Sres. Murphy y Tladi, estima que el nexo entre el análisis de la práctica y la jurisprudencia relativas al derecho de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y los principios propuestos no es evidente, y que sería útil que la Relatora Especial explicara cómo estos se derivan del informe y concretamente cómo se apoyan en los elementos analizados en este.

56. En segundo lugar, en cuanto a la práctica de los Estados mencionada en el segundo informe, la Relatora Especial concluye en el párrafo 91, al término de su examen de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, que un número considerable de Estados tienen leyes o reglamentaciones en vigor destinadas a proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados, y que cada vez son más los Estados y organizaciones internacionales que han adoptado medidas para garantizar la protección ambiental durante las operaciones militares, medidas que incluyen desde políticas de carácter general a normas jurídicamente vinculantes. Sin embargo, conviene señalar que dicha práctica no es en absoluto general. En su segundo informe, la Relatora Especial cita fundamentalmente declaraciones hechas o información aportada por Estados industrializados que disponen de los recursos financieros, materiales y técnicos necesarios para tener en cuenta las preocupaciones ambientales. Cuando alude a la práctica de algunos Estados, «principalmente de América Latina y el Caribe», solo tres Estados, o sea, la Argentina, en la primera nota del párrafo 71, y Colombia y el Perú, en las dos notas de ese párrafo, son mencionados en esta parte del informe. Además, incluso entre los Estados industrializados mencionados, la práctica no es homogénea. Por ejemplo, Finlandia declaró que la operación militar prevalece, es decir, que en las situaciones difíciles, una menor protección del medio ambiente a veces está justificada. Del mismo modo, en el asunto *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no admitió la demanda de una asociación de defensa del medio ambiente tendente a obligar a la marina de guerra de los Estados Unidos a tomar máximas medidas de precaución al utilizar el sonar en el marco de sus actividades de formación en razón del riesgo para los mamíferos marinos.

57. En tercer lugar, como el Sr. Tladi, el orador estima que hay contradicción entre la conclusión que figura en el párrafo 11 y la que figura en el párrafo 92 y concluye, por su parte, que son pocas las causas judiciales que conciernen a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. Ello se debe quizás a que los Estados se muestran reacios a someter sus controversias a órganos jurisdiccionales para que estos resuelvan sobre tales cuestiones, que es muy difícil lograr que se aplique el derecho en esta materia porque adolece de falta de claridad o porque los imperativos de la seguridad y la defensa nacionales tienen primacía sobre las preocupaciones ambientales. Así pues, las observaciones que anteceden parecen poner de manifiesto que no existe un derecho internacional consuetudinario general o de *lex lata* sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por consiguiente, la Comisión debería preguntarse hasta qué punto el resultado final de sus trabajos contribuirá al desarrollo de la *lex ferenda* en esta esfera, en particular teniendo en cuenta la conclusión que figura en el párrafo 208 del informe examinado, según la cual no ha habido novedades respecto de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en el ámbito del derecho convencional. Desde luego, esto no significa que la Comisión no esté en condiciones de deducir normas de derecho internacional consuetudinario en calidad de *lex specialis* útil a los efectos del proyecto. El derecho internacional humanitario será útil a este respecto, pero ha de observarse su ámbito de aplicación material, temporal y personal, puesto que no se puede transponer tal cual a efectos de la labor sobre este tema.

58. En cuarto lugar, al igual que los Sres. Murphy y Tladi, el orador considera en lo que se refiere a la aplicación temporal del proyecto de principios que, si bien la Relatora Especial, en el párrafo 15 de su segundo informe, define las tres fases temporales de los trabajos, a saber, las medidas preventivas, la conducción de las hostilidades y las medidas de reparación, los proyectos de principio no indican claramente la fase a la que se aplican. El Comité de Redacción podría esclarecer este punto.

59. Finalmente, si bien la posición de la Relatora Especial sobre si hay que tener en cuenta los grupos armados no estatales en el marco del proyecto es muy comprensible, el orador piensa como los Sres. Tladi, Hassouna, Park y Saboia que sería de lamentar que el resultado final de los trabajos de la Comisión no se aplicase a grupos armados no estatales como el EIIL. Aun cuando la práctica de los actores no estatales no pueda crear normas consuetudinarias ni contribuir a su creación, la Comisión debe encontrar principios de derecho internacional, por ejemplo el de la diligencia del Estado territorial, para contrarrestar la acción de los grupos armados no estatales que atentan contra el medio ambiente.

60. En cuanto a la disposición titulada «Términos empleados», aunque no se haya remitido al Comité de Redacción, es sumamente importante disponer de definiciones claras.

61. El proyecto de principio 1 requiere cinco observaciones. En primer lugar, en la sección B del capítulo VII de su segundo informe, la Relatora Especial establece una distinción, en el párrafo 149, entre bienes de carácter civil y objetivos militares y señala que, a tenor del artículo 52, párrafo 2, del Protocolo I, un bien es una «cosa» y no una configuración más abstracta, subrayando que los terrenos privados, los cultivos y los recursos naturales privados «pueden perfectamente ser considerados bienes de carácter civil». Sin embargo, el proyecto de principio 1 no mantiene esa distinción. El medio ambiente, además, está indirectamente protegido por las disposiciones relativas a los bienes de carácter civil a que la Relatora Especial se refiere en los párrafos 112 a 119 y 148 a 154 de su segundo informe y en las que se inspira en gran manera para fundamentar el proyecto de principio 1. Ahora bien, esto puede plantear algún problema, ya que esas protecciones raramente se han llevado a efecto en derecho internacional, especialmente en relación con la protección del medio ambiente.

62. En segundo lugar, los tres tratados principales que protegen específicamente el medio ambiente en relación con los conflictos armados son la Convención sobre

la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, el Protocolo I, del cual los artículos 35 y 55 son las disposiciones más pertinentes en esta materia, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. La Convención ha sido ratificada por 77 Estados solamente, y el Protocolo I por 174 de los 194 Estados del mundo. La norma fundamental enunciada en el párrafo 3 del artículo 35 del Protocolo I prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. Aunque se debatió si el artículo 35 formaba parte del derecho internacional consuetudinario, su texto fue considerado aceptable por los numerosos Estados que ratificaron ese protocolo. Sin embargo, el texto del proyecto de principio 1 parece mucho más amplio que el del artículo 35. Ese principio plantea el riesgo de crear dos regímenes diferentes aplicables a los daños causados al medio ambiente durante los conflictos armados, esto es, un régimen que prohíbe todo ataque que cause un daño deliberado y no colateral al medio ambiente a menos que este se convierta en un objetivo militar legítimo y un régimen que prohíbe los ataques concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

63. En tercer lugar, el artículo 8, párrafo 2 *b* iv), del Estatuto de Roma tipifica como «crimen de guerra» el acto de «[l]anzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea». A este respecto, la Relatora Especial, aun reconociendo que no existe una disposición correspondiente que se aplique a los conflictos armados no internacionales, subraya en el párrafo 140 de su segundo informe que el hecho de que la Corte Penal Internacional no sea competente para conocer de los daños generalizados, duraderos y graves al medio ambiente natural en los conflictos armados no internacionales no implica necesariamente que sea lícito causar esos daños. Según la Relatora Especial, ello es así porque el Estatuto de Roma se ocupa únicamente de los crímenes que entren dentro de la esfera de competencia de la Corte y que, por lo tanto, «no puede extraerse automáticamente una conclusión *a contrario*». Ahora bien, la posición adoptada por la Relatora Especial no es corroborada por los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma. Varios Estados se opusieron a que se hicieran extensivas a los conflictos armados no internacionales muchas reglas de enfrentamiento que se aplican en los conflictos armados internacionales y, por eso, no existe ninguna disposición equivalente al artículo 8, párrafo 2 *b* iv), que se aplique en los conflictos armados no internacionales. La Relatora Especial ha señalado acertadamente en el párrafo 169 de su informe que, si bien el CICR ha reconocido que la práctica de los Estados establece que la obligación de tener debidamente en cuenta el medio ambiente natural durante las operaciones militares es una norma de derecho internacional consuetudinario que se aplica en los conflictos armados internacionales, la cuestión de si se aplica también en los conflictos armados no internacionales sigue siendo controvertida.

64. En cuarto lugar, cabe preguntarse si la expresión «no puede ser atacado» que figura en el proyecto de principio 1 corresponde a una norma existente de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, la declaración de Finlandia, según la cual, en determinadas situaciones, podía estar justificado un nivel inferior de protección ambiental, reflejaría la doctrina de la OTAN. Para los bienes de carácter civil, como escuelas y viviendas, disminuir el nivel de protección no sería conforme al derecho internacional humanitario. Así, la declaración en la que Finlandia se refiere a la doctrina de la OTAN no parece considerar el medio ambiente en conjunto como un bien de carácter civil.

65. De lo antedicho se desprende, en quinto lugar, que para el texto actual del proyecto de principio 1 la definición del medio ambiente a los efectos concretos del proyecto es importante. La Relatora Especial ha pedido a la Comisión que no remita la disposición sobre los «Términos empleados» al Comité de Redacción, pero conviene insistir en que, según la definición actual, la expresión «medio ambiente natural» es mucho más amplia en el proyecto de principios que en derecho internacional humanitario. En conclusión, está claro que el proyecto de principio 1 se refiere al *ius in bello* y que, por lo tanto, solo se aplicará durante la segunda de las tres fases temporales, es decir, durante el conflicto armado.

66. En lo que concierne al proyecto de principio 2, el informe no explica si las normas relativas al medio ambiente se aplican durante los conflictos armados. La Relatora Especial indica en el párrafo 91 de su segundo informe que algunos Estados, principalmente de América Latina y el Caribe, tienen legislación tendente a proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible que sigue aplicándose durante los conflictos armados, pero que, por otra parte, los Estados no han señalado si los tratados relativos al medio ambiente dejaban de ser aplicables en período de conflicto armado. Del mismo modo, es preciso aclarar si todos los principios y normas de derecho internacional humanitario, incluido el principio de precauciones en el ataque, son aplicables dado el carácter civil del medio ambiente mencionado en el proyecto de principio 1. Por lo que respecta a las precauciones, sería preciso asimismo que el proyecto de principio 2 aclarase el concepto de daños al medio ambiente a los efectos de la evaluación de los daños potenciales previamente a un ataque. Como se ha señalado en relación con el proyecto de principio 1, la cuestión sigue siendo si esos daños se deben distinguir de los «daños extensos, duraderos y graves». Esto es especialmente importante para los Estados cuyos recursos financieros, materiales y tecnológicos son menores y corren el riesgo de verse compelidos a armonizar su práctica en materia de precauciones contra los efectos de los ataques con las disposiciones del proyecto de principios. El proyecto de principio 2 versa sobre el *ius in bello* y solo se aplicará durante la segunda fase temporal, o sea, durante el conflicto armado, y hay que celebrar que así se indique expresamente en el texto del principio.

67. Con respecto al proyecto de principio 3, su texto es un calco de la fórmula empleada por la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 30 de su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en cuyo párrafo 33 la Corte constató que «aunque el derecho internacional vigente en

materia de protección y salvaguardia del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, sí señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado». En cuanto a la afirmación del Sr. Murphy de que el párrafo 30 de esa opinión consultiva concierne al *ius ad bellum* y no al *ius in bello* o el derecho internacional humanitario, la Corte declara en el párrafo 2 E de la parte dispositiva de dicha opinión que «la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario». Además, el Sr. Bedjaoui, a la sazón Presidente de la Corte, escribió en el párrafo 22 de su declaración lo siguiente: «El derecho a la supervivencia del Estado es también un derecho fundamental que se vincula, en muchos aspectos, con un derecho "natural". Sin embargo, la legítima defensa —ejercida en las condiciones extremas que ponen en peligro la supervivencia misma de un Estado— no puede dar lugar a una situación en la cual el Estado podría exonerarse de observar normas "intransgredibles" del derecho internacional humanitario». La posición adoptada por la Corte en 1996 indudablemente puede servir de base para la elaboración de los principios relativos a esta materia.

68. Siguiendo con el proyecto de principio 3, el orador dice que este enuncia dos conceptos distintos: primero menciona las «consideraciones ambientales», expresión que habría que definir claramente, y después, la evaluación de lo que es necesario y proporcionado en pos de objetivos militares lícitos, respecto de la cual convendría explicar los criterios —umbral o límite— aplicables. Finalmente, dado el objeto del proyecto de principio 3, sería deseable indicar expresamente la fase durante la cual se aplica.

69. En cuanto al proyecto de principio 4, que la Relatora Especial propone en el párrafo 207 de su segundo informe, a pesar de lo dicho en los párrafos 140 y 203, la protección prevista en el artículo 55 del Protocolo I incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. Además, como ya ha hecho notar el Sr. Murphy, la Relatora Especial no ha analizado si los artículos 35 y 55 del Protocolo I enuncian normas de derecho internacional consuetudinario. El Sr. Murphy ha llamado la atención en particular sobre el párrafo 31 de la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, según la cual, en 1987, no podía considerarse aún que esos principios reflejasen el derecho internacional consuetudinario puesto que solo obligaban a «todos los Estados que [habían] suscrito las mencionadas disposiciones». Es sorprendente asimismo que, entre los principios que propone, la Relatora Especial dedique un principio a las represalias pero no a otros elementos importantes de los artículos 35 y 55 del Protocolo I. Finalmente, conviene observar que, en sus trabajos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[192], la Comisión consideró que por el término «represalias» se entendían únicamente las medidas tomadas en el contexto de un conflicto armado internacional. Así pues, el proyecto de principio 4 debería indicar expresamente que solo se aplica durante la segunda de las fases temporales y en el contexto de los conflictos armados internacionales.

70. En lo que se refiere al proyecto de principio 5, el orador no está seguro de que la obligación que ese principio enuncia se fundamente en la práctica de los Estados, la cual, de todos modos, no es general. Por eso probablemente, en el texto inglés, la Relatora Especial ha utilizado el auxiliar «*should*» en vez de «*shall*» o «*must*». Por lo que hace a las «zonas protegidas», que constituyen el objeto del capítulo VIII del informe que se examina, se rigen ya por varios instrumentos internacionales, entre otros la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972. Convendría plantearse si en esta materia la idea de crear zonas desmilitarizadas es realista. Es evidente que, a menudo, los daños ambientales y sus efectos no se pueden mantener circunscritos a una zona definida. Por ejemplo, la contaminación de las aguas subterráneas por el uranio se puede propagar a causa de la erosión del suelo. Por último, el proyecto de principio 5 se aplica durante las dos primeras fases temporales, es decir, antes del comienzo del conflicto y durante este, y convendría precisarlo en el texto.

71. En su informe siguiente, la Relatora Especial podría examinar la posibilidad de analizar más a fondo otros tratados de derecho internacional humanitario que limitan la utilización de métodos y medios de guerra que pueden menoscabar el medio ambiente natural. Sería particularmente importante especificar cuáles son esos tratados y examinar la evolución de las tecnologías y las nuevas armas para dar directrices útiles a los Estados. A este respecto, en su calidad de miembro del Grupo Internacional de Expertos del Centro de Excelencia de Ciberdefensa de la OTAN, el orador celebra la mención que se hace en el segundo informe del Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a la guerra cibernética, a cuya segunda edición ha contribuido, porque los medios de guerra informáticos son un buen ejemplo de tecnologías nuevas que pueden tener consecuencias para el medio ambiente. Convendría alentar la ratificación universal de los tratados aplicables a este respecto e invitar a los Estados a que cooperen en la ejecución de las obligaciones que aquellos enuncian. Quizá sea útil también crear un órgano de vigilancia que desempeñe funciones de control y gobernanza con respecto a la ejecución de esas obligaciones y pueda evaluar asimismo los daños al medio ambiente causados por los conflictos armados internacionales e internos. En la esfera de la protección del medio ambiente, tales órganos de vigilancia con frecuencia han resultado útiles para llevar a efecto medidas de prevención y reparación.

72. Para terminar, el orador aprueba que se remitan al Comité de Redacción todos los principios propuestos en el informe examinado, a excepción, como ha dicho la propia Relatora Especial, de la tercera disposición del preámbulo titulada «Términos empleados».

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

[192] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, cap. IV, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

3267ª SESIÓN

Jueves 9 de julio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kittichaisaree, Sr. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

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

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE señala a la atención de la Comisión el programa de trabajo revisado correspondiente a la segunda semana de la segunda mitad del período de sesiones, que se ha distribuido a los miembros de la Comisión. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el programa de trabajo revisado propuesto por la Mesa.

Así queda acordado.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. F, A/CN.4/685, A/CN.4/L.870)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

2. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/685).

3. El Sr. ŠTURMA dice que, si bien apoya el enfoque adoptado por la Relatora Especial, basado en tres fases temporales —antes y después de un conflicto armado y durante el mismo—, convendría aclarar en el informe cuáles son las normas particularmente pertinentes en cada fase. La Relatora Especial hace bien en no limitarse a examinar normas reconocidas del derecho internacional humanitario, sino en tratar también de incluir ciertos principios aplicables antes y después de los conflictos armados.

4. Con respecto a la forma, el orador señala que la estructura de los proyectos de principio no sigue el enfoque temporal. En cambio, la Relatora Especial ha optado por partir de los principios más generales para definir principios o normas más específicos, un enfoque sin duda legítimo y quizás con ciertas ventajas. En cuanto a la cuestión más importante del contenido, tal vez se puedan incluir principios relativos a, por ejemplo, la difusión de las leyes sobre la protección del medio ambiente en los conflictos armados, la formación de las fuerzas armadas y la actualización de los manuales militares entre los principios relacionados con la fase I.

5. Por lo que respecta al resultado de la labor de la Comisión, el orador apoya la propuesta de la Relatora Especial de elaborar proyectos de principio, aunque también habría aceptado proyectos de artículo. En su opinión, los proyectos de principio tienen, al igual que los proyectos de artículo, un contenido o valor normativo. El orador coincide con otros miembros de la Comisión en que el contenido del llamado preámbulo no tiene carácter preambular, aunque podría transformarse fácilmente en las disposiciones iniciales del futuro texto.

6. Las dos primeras disposiciones del preámbulo propuesto, sobre el alcance y el propósito, deben enviarse al Comité de Redacción, ya que podría mejorarse su formulación. En la tercera disposición, relativa a los términos empleados, el orador apoya la amplia definición de «conflicto armado», que se basa en una combinación de las definiciones de la causa *Tadić* y de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[193]. También apoya la inclusión de los conflictos armados no internacionales, que refleja la tendencia general del derecho internacional hacia un acercamiento entre las normas aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[194] parece confirmar esa tendencia.

7. En opinión del orador, no tiene sentido que la Comisión examine la complicada cuestión de los actores no estatales ni la medida en que los proyectos de principio les pueden ser aplicables. Basta señalar que, por lo general, se interpreta que el derecho internacional humanitario vigente se aplica a los Estados que no son partes en conflictos, y que también debe aplicarse a ellos en lo referente a la protección del medio ambiente en los conflictos armados. Naturalmente, para la interpretación de los cinco proyectos de principio es importante partir de la presunción de que el tema abarca los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

8. Con respecto al proyecto de principio 1, el orador está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que las palabras «medio ambiente natural» no se corresponden con la definición de «medio ambiente» incluida en los «Términos empleados» y pueden prestarse a confusión. Además, no le parece muy lógica la calificación abstracta del medio ambiente como de «carácter civil por naturaleza»; preferiría que simplemente se conserve el

[*] Reanudación de los trabajos de la 3263ª sesión.

[193] Resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101.

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

núcleo de la disposición, en que se indica que el medio ambiente «no puede ser atacado, a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar y solo en ese caso». La idea de que ciertas partes del medio ambiente puedan convertirse en objetivo militar y de que, por tanto, la prohibición de un ataque contra ellas no debe ser absoluta tiene consecuencias lógicas para el proyecto de principio 4. Ese proyecto de principio se refiere a las represalias bélicas, una de las cuestiones más difíciles del derecho de los conflictos armados. Si la protección del medio ambiente *per se* no es absoluta, la prohibición de las represalias bélicas contra el medio ambiente tampoco debe serlo. El orador coincide con otros oradores en que, a título de desarrollo progresivo del derecho internacional, el proyecto de principio 4 también se aplica en los conflictos armados no internacionales.

9. El proyecto de principio 2, en lugar de formular un principio abstracto, transmite satisfactoriamente el mensaje esencial de que algunos principios fundamentales bien conocidos del derecho internacional humanitario como los de distinción, proporcionalidad y normas sobre la necesidad militar se aplican a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. No obstante, tal vez deban modificarse las palabras «lo máximo posible la protección», puesto que, en una situación de conflicto armado, la máxima protección se debe otorgar a la protección de las personas protegidas, luego a la de los servicios necesarios para su supervivencia y, por último, a la del medio ambiente *per se*, por lo menos según se define en los «Términos empleados». Al igual que otros miembros de la Comisión, el orador considera que también debe formularse otro proyecto de principio, basado en el texto de la norma 45 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, que especifique que «queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural»[195].

10. El orador no cree que el proyecto de principio 3 se limite a repetir el contenido normativo del proyecto de principio 2: tiene un objeto y un fin ligeramente diferentes. Si bien el proyecto de principio 2 confirma la aplicabilidad de los principios de derecho internacional humanitario a la protección del medio ambiente, el proyecto de principio 3 sugiere una cierta forma «favorable al medio ambiente» de interpretar los conceptos de necesidad y proporcionalidad en pos de objetivos militares. Corresponde al Comité de Redacción decidir si es más apropiada la referencia a «objetivos militares lícitos» u «objetivos militares legítimos».

11. Por último, si bien en general apoya el proyecto de principio 5, el orador cree que sería muy conveniente aclarar su contenido, en particular qué se entiende por la designación de «zonas de gran importancia ecológica» y la finalidad de dicha designación. A falta de un acuerdo específico entre las partes, que siempre es posible, el proyecto de principio debe establecer expresamente la obligación de las partes distintas de los Estados que hayan hecho la designación de respetar las zonas designadas. No obstante, el sentido jurídico exacto del proyecto de principio 5 es discutible. ¿Significa que solo esas zonas no deben ser atacadas? ¿O tiene por objeto establecer un régimen de protección especial o reforzada, similar al previsto en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de 1954, y su Segundo Protocolo? Esa interpretación puede ser un interesante desarrollo del derecho internacional, pero iría más allá de la mera reiteración de principios generales en esa esfera.

12. El orador recomienda que se remitan al Comité de Redacción todos los proyectos de principio, además de las dos primeras disposiciones del preámbulo.

13. Sir Michael WOOD dice que el segundo informe de la Relatora Especial sobre el tema está bien fundamentado y es realista. Habida cuenta de que la finalidad del informe es determinar las normas vigentes sobre conflictos armados que hacen referencia directa a la protección del medio ambiente en relación con esos conflictos, el material aportado debe examinarse con gran detenimiento para ver hasta qué punto fundamenta los proyectos de texto propuestos.

14. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que la Comisión debe trabajar con objeto de establecer proyectos de principio, pero los textos propuestos parecen adolecer de cierta incertidumbre terminológica. La utilización de diversas expresiones descriptivas para referirse a los principios puede introducir algunas distinciones no deseadas, lo que hace dudar del valor normativo del texto. La utilización de las dos expresiones «medio ambiente natural» y «medio ambiente» también es problemática.

15. Con respecto a las tres disposiciones del preámbulo, el orador entiende por qué la Relatora Especial las ha separado de los proyectos de principio, aunque la catalogación de todas las disposiciones, incluidas las relativas al propósito, el alcance y los términos empleados, como principios sería compatible con la práctica de la Comisión. Si bien la primera disposición del preámbulo, relativa al alcance de los principios, se limita a reflejar el título del tema siguiendo la práctica habitual, existe una cierta ambigüedad deliberada en la elección de la expresión «en relación con», que quizás podría aclararse cuando se haya formulado todo el conjunto de proyectos de principio. Evidentemente, la expresión «conflictos armados» es suficientemente amplia como para abarcar los conflictos armados no internacionales, algo que se explicará en la tercera disposición del preámbulo, relativa a los términos empleados.

16. La segunda disposición del preámbulo establece el propósito del proyecto de principios, aunque el párrafo que habla de «reducir al mínimo los daños colaterales para el medio ambiente durante los conflictos armados» podría ubicarse en otro lugar, ya que es más un principio que un propósito. Además, la referencia que se hace en el primer párrafo a «medidas preventivas y de reparación» parece sugerir que el objeto de los principios es puramente práctico: prevenir y reparar los daños al medio ambiente y reducir al mínimo los daños colaterales. No obstante, otros consideran que el objetivo de la operación es reiterar los principios aplicables. Es importante que la

[195] Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules* (nota 194 *supra*), pág. 151 (en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas* (ibíd.), pág. 168).

disposición sobre el propósito sea clara, por lo que el orador espera que el Comité de Redacción pueda abordar esa cuestión con especial detenimiento.

17. Si bien la Relatora Especial aún no está convencida de la necesidad de un párrafo sobre los términos empleados, el orador cree que es importante tener una idea clara del sentido de «medio ambiente» (o «medio ambiente natural») y «conflicto armado», ya que el estudio en curso gira precisamente en torno a esas dos expresiones.

18. No está totalmente claro qué aporta el proyecto de principio 1 a los principios aplicables del derecho de los conflictos armados, que distinguen entre «bienes de carácter civil» y «objetivos militares». El medio ambiente no es un «bien» ni un «bien de carácter civil», aunque cabe considerar que incluye bienes. Además, la idea de que el medio ambiente natural tiene «carácter civil por naturaleza» no resulta clara, y el término «parte», que es de suponer que se refiere a determinados componentes del medio ambiente (bienes) que, en ciertas circunstancias, pueden convertirse en objetivos militares, es complicado. Es evidente que los bienes que no son objetivos militares deben estar protegidos con arreglo al derecho de los conflictos armados aplicable.

19. En el proyecto de principio 2, el orador no está seguro de qué se pretende sugerir con la expresión «principios […] fundamentales». La lista no exhaustiva que contiene también resulta un tanto sorprendente. Normalmente, en el contexto del derecho de los conflictos armados, los autores citan principios como la distinción, la proporcionalidad, la necesidad y la humanidad, mientras que la obligación de tomar «precauciones en el ataque» aparece más como norma de derecho internacional humanitario. Además, la referencia a que se intensifique «lo máximo posible» la protección del medio ambiente no refleja con precisión la exigencia a ese respecto.

20. Si bien el proyecto de principio 3 parece afirmar una obviedad, debe haber casos en que las consideraciones ambientales simplemente carecen de pertinencia para decidir lo que es necesario y proporcionado. Tal vez se pueda matizar el principio con una expresión como «según proceda».

21. En relación con el proyecto de principio 4, varios miembros de la Comisión han mencionado el efecto disuasivo de las represalias en el contexto de las leyes de la guerra. Cabe recordar que, al ratificar el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), algunos Estados formularon reservas con respecto al derecho a tomar represalias en ciertas circunstancias concretas por la necesidad de obligar a la parte adversa a dejar de infringir el Protocolo. Es preciso tener en cuenta esas reservas al examinar el proyecto de principio 4.

22. En cuanto al proyecto de principio 5, el orador no está seguro de la conveniencia de hacer referencia a la designación de «zonas de gran importancia ecológica» como zonas desmilitarizadas, incluso en un texto de derecho no vinculante (*soft law*). Se debe aclarar la forma en que el proyecto de principio funcionará en la práctica. Por ejemplo, ¿qué ocurrirá si un Estado decide proceder a tal designación a fin de obtener una ventaja militar, o se ve obligado por las circunstancias de guerra a utilizar lugares de importancia ecológica para fines militares?

23. En lo que concierne al futuro programa de trabajo, cabe esperar que en el próximo informe se aclare la visión de la Relatora Especial para el futuro del tema. Sorprende la referencia en su segundo informe a la posible necesidad de continuar con una mayor codificación o desarrollo progresivo, ya que supone un enfoque muy distinto que la Comisión tal vez no desee adoptar necesariamente. El orador celebra la intención de la Relatora Especial de seguir manteniendo consultas con otras entidades, principalmente el CICR, así como con organizaciones regionales. También conviene en que sería de ayuda que los Estados siguieran aportando ejemplos de leyes nacionales en la materia y jurisprudencia en la que se haya aplicado el derecho ambiental nacional o internacional.

24. En opinión del orador, todos los proyectos de texto propuestos en el segundo informe de la Relatora Especial, incluida la disposición relativa a los términos empleados, pueden remitirse al Comité de Redacción.

25. El Sr. KAMTO dice que, sin lugar a dudas, no puede criticarse a la Relatora Especial por inspirarse en las normas de derecho internacional humanitario y razonar por analogía, como hace en los párrafos 147 a 154 de su segundo informe. No obstante, es importante evitar la tentación de limitarse a aplicar las normas de derecho internacional humanitario a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. El punto de partida del tema actual deben ser las consideraciones ambientales, en particular conforme a lo expresado en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.

26. El orador duda de la pertinencia de las sentencias de los tribunales internacionales citadas en los párrafos 110 a 119 del informe. Por ejemplo, la consideración de cuestiones relativas a la protección de las tierras y bosques de los pueblos indígenas constituiría una desviación del tema. Sería preferible seguir centrando la atención en la determinación de principios que permitan preservar el medio ambiente natural en caso de conflicto armado. Además, la distinción entre las expresiones «medio ambiente» y «medio ambiente natural» es poco clara, y la Relatora Especial debe aclarar ese extremo.

27. El orador sigue creyendo que será difícil estructurar los proyectos de principio sobre la base del enfoque de tres fases, ya que el tema se centra en las condiciones para preservar el medio ambiente durante un conflicto armado o después de este. Considera que las tres disposiciones del preámbulo deben incorporarse en los propios principios. Además, la Relatora Especial debe proponer en un futuro informe una pauta general para los proyectos de principio, aunque esta se ajuste en informes posteriores, de modo que la Comisión pueda tener una idea general de la labor que debe realizarse.

28. En relación con el preámbulo, la palabra «propósito» en la segunda disposición no es particularmente

adecuada a la luz del contenido. La disposición sobre los términos empleados debe analizarse en mayor profundidad antes de remitirse al Comité de Redacción.

29. En cuanto al proyecto de principio 1, el medio ambiente natural no debe protegerse porque «tiene carácter civil por naturaleza», sino que las razones de su protección dimanan de la opinión consultiva emitida en 1996 respecto a la cuestión de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Por lo que respecta al proyecto de principio 2, es dudoso que los principios mencionados en él tengan por objeto intensificar «lo máximo posible» la protección del medio ambiente. El texto es, en todo caso, ambiguo, ya que no está claro si el grado de protección en cuestión es el mismo que el que existe normalmente en tiempo de paz, o si se prevé un nivel de protección especial durante los conflictos armados. Si así fuera, ¿cuál es el umbral a partir del cual cabe decir que existe la máxima protección posible? El orador se pregunta por qué el proyecto de principio 4 hace referencia a «ataques» en plural. Sin duda, un solo ataque bastará para dar lugar a la aplicación de ese principio. Por último, el orador sigue teniendo dudas sobre el fundamento jurídico del proyecto de principio 5 y la forma en que se aplicará.

30. El orador es partidario de remitir al Comité de Redacción los párrafos que constituyen el preámbulo, en la inteligencia de que el relativo a los términos empleados solo será objeto de un examen provisional hasta que la Relatora Especial haya incorporado los elementos adicionales correspondientes; también está a favor de remitir los proyectos de principio 1 a 5 al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 10.50 horas.

3268ª SESIÓN

Viernes 10 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Cooperación con otros órganos (*continuación*[*])

[Tema 13 del programa]

Declaración de representantes del Consejo de Europa

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Rietjens, Presidente del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa, y a la Sra. Requena, Jefa de la División de Derecho Internacional Público y la Oficina de Tratados de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público del Consejo de Europa y Secretaria del Comité, y, tras destacar el gran interés que tiene para la Comisión la cooperación con el Consejo de Europa, en particular el CAHDI, los invita a hacer uso de la palabra.

2. El Sr. RIETJENS (Consejo de Europa) celebra tener la oportunidad de presentarse por primera vez, en calidad de nuevo Presidente del CAHDI, ante la Comisión de Derecho Internacional para informarla sobre los principales logros del Comité desde el anterior período de sesiones, así como sobre sus trabajos futuros. Los miembros del CAHDI aprecian enormemente este encuentro ya tradicional. Establecido inicialmente como subcomité del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, el CAHDI pasó en 1991 a ser un comité de pleno de derecho dependiente del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Con ocasión de su 50ª reunión, que se celebrará el 23 de septiembre de 2015, ha decidido organizar una Conferencia, con la participación de todos sus ex-Presidentes y Vicepresidentes, sobre el tema de «La contribución del CAHDI al desarrollo del derecho internacional público: logros y futuros retos». Dos veces al año, en marzo y septiembre, el CAHDI reúne a los asesores jurídicos en derecho internacional público de los ministerios de asuntos exteriores de los 47 miembros del Consejo de Europa, así como a los representantes de los Estados observadores y numerosas organizaciones internacionales, entre ellas las Naciones Unidas. Esta diversidad, que lo enriquece, le permite contar con una visión global y transversal que tiene en cuenta la evolución del derecho internacional más allá del Consejo de Europa. El CAHDI es un foro de coordinación, debate, reflexión y asesoramiento en el que se intercambian información sobre cuestiones de actualidad, experiencias y datos sobre las prácticas nacionales. El orador dice que primero hablará de las actividades del CAHDI que contribuyen en general al desarrollo y la evolución del derecho internacional, luego de las que pueden contribuir de manera más concreta a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y, por último, de las que pueden tener consecuencias para otras entidades de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, como la Unión Europea.

3. En cuanto a las primeras, la actuación del CAHDI se caracteriza por la profundidad y el pragmatismo de sus debates sobre cuestiones de actualidad que surgen en los respectivos ministerios de sus miembros. Por ejemplo, para dar respuesta al problema recurrente del embargo de los bienes culturales de un Estado concedidos en préstamo a petición de acreedores privados que exigen la ejecución de resoluciones judiciales, en el CAHDI se ha preparado una declaración con objeto de reconocer la naturaleza consuetudinaria de las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. Se trata de un documento jurídico no vinculante que refleja una concepción común de la *opinio iuris* basada en la norma fundamental de que algunos tipos de bienes pertenecientes al Estado —en este caso los bienes culturales expuestos— gozan de inmunidad frente a toda medida coercitiva, como el embargo, el embargo preventivo o la ejecución. La declaración fue firmada por los

[*] Reanudación de los trabajos de la 3265ª sesión.

Ministros de Asuntos Exteriores de 11 Estados miembros del Consejo de Europa y varias delegaciones indicaron que las autoridades de sus países preveían hacerlo también. Por tanto, cabe esperar que se desarrolle una práctica, por no hablar de una costumbre, sobre la inmunidad de esos bienes.

4. Desde 2014, el CAHDI está llevando a cabo la revisión de ocho convenios del Consejo de Europa en materia de derecho internacional público a fin de determinar su repercusión y eficacia, y de aclarar los posibles problemas de aplicación o los obstáculos a su ratificación. Ello le ha permitido llegar a la conclusión de que el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares reviste escasa utilidad, dado que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 está mejor concebida. En cambio, ha considerado que la Convención Europea sobre la Abolición de la Legalización de Documentos Hecha por Agentes Diplomáticos u Oficiales Consulares tiene gran utilidad práctica al facilitar las relaciones entre los Estados, y alienta a los Estados a adherirse a ese instrumento. El examen del Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra ha suscitado, por su parte, reacciones contradictorias. Si bien algunas delegaciones consideraban que la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo había privado de toda utilidad, otras destacaban que seguía siendo valioso al tener por objeto evitar que la prescripción impidiera la represión de los crímenes más graves que contempla, y que además podría constituir una prueba de la existencia de una costumbre internacional. El debate proseguirá en la 50ª reunión del CAHDI, durante la cual se examinarán el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados y su Protocolo Adicional.

5. En la 48ª reunión del CAHDI se debatieron cuestiones jurídicas relacionadas con el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, en particular sobre la posibilidad de privar de su nacionalidad a las personas que viajan a un país extranjero para unirse a grupos implicados en un conflicto armado en ese país. En ese contexto, se examinaron dos instrumentos que contienen disposiciones relativas a la pérdida de la nacionalidad. La Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, que establece que los Estados partes no pueden privar de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida, y el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997, que, teniendo el mismo objetivo, contempla diversas excepciones, en particular en caso de adquisición fraudulenta de la nacionalidad o alistamiento voluntario en una fuerza militar extranjera. Si bien estos instrumentos no contemplan el fenómeno, cada vez más extendido, de los combatientes terroristas extranjeros, el CAHDI quiso saber, por una parte, si ese fenómeno podía quedar abarcado por dichas convenciones mediante declaraciones o reservas y, por otra, si esos instrumentos permitían privar de su nacionalidad a las personas en cuestión. En cuanto a la segunda cuestión, resultaba evidente que la privación de la nacionalidad a personas con doble nacionalidad se ajusta al derecho internacional, incluidos los instrumentos citados. En cambio, surgen problemas cuando la privación de la nacionalidad da lugar a situaciones de apatridia. Por lo que respecta a la cuestión de si el derecho de los tratados ofrece soluciones para privar a los combatientes terroristas extranjeros de su nacionalidad, se examinaron dos opciones: denunciar ambas convenciones; modificar la legislación nacional y volver a adherirse a esos instrumentos formulando una nueva declaración y una nueva reserva; o, en el caso de los países que hayan formulado reservas, hacer una declaración interpretativa que explique que las reservas a las dos convenciones tienen por objeto sancionar a los nacionales que realizan actividades militares en el extranjero, ocupándose así de la cuestión de los «combatientes militares» que se unen a grupos implicados en conflictos armados no internacionales. En los debates al respecto se concluyó que la primera opción era contraria al derecho de los tratados y se consideraba fraude de ley. La segunda también suscitó preocupación, ya que formular una declaración interpretativa sobre una reserva existente tendría por efecto ampliar el ámbito de aplicación de ambas convenciones a los combatientes terroristas extranjeros y se contravendrían el objeto y el fin de esos instrumentos si ello diera lugar a la apatridia de las personas afectadas. En este sentido, se hizo referencia a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, en particular a la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[196] y su apartado relativo a la «Ampliación del alcance de una reserva», y se destacó que el comentario al respecto se refiere a la práctica establecida en el Consejo de Europa de prohibir las modificaciones que amplían el alcance de las reservas[197].

6. En relación con la contribución del CAHDI a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, el orador recuerda que esos trabajos figuran en el programa de las reuniones de septiembre del CAHDI y destaca la importancia del diálogo entre ambas instancias, que incluye, entre otras cosas, la visita anual de un miembro de la Comisión. El CAHDI inscribe también en su programa temas recurrentes, como «La inmunidad de los Estados y las organizaciones internacionales» y «El derecho y la práctica sobre las reservas a los tratados y las declaraciones interpretativas relativas a los tratados internacionales», que son objeto de amplios debates en los que se citan frecuentemente los trabajos de la Comisión. Como Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales, analiza en cada una de sus reuniones una lista de reservas y/o declaraciones a las que se pueden formular objeciones haciendo amplia referencia a la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la Comisión y los comentarios relativos a las directrices que ella contiene. Asimismo, si bien la base de datos del CAHDI sobre las inmunidades se refiere esencialmente a las inmunidades de los Estados y las organizaciones internacionales, cada vez se aborda con más frecuencia la cuestión de la inmunidad de los representantes del Estado y, en marzo de 2014, el CAHDI organizó un seminario sobre «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae*» en el que participó la Sra. Escobar Hernández, Relatora Especial sobre el tema. Por último, dado el interés suscitado por

[196] 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.

[197] Ibíd., véase la directriz 2.3.4 (Ampliación del alcance de una reserva), págs. 129 a 131.

los actos de la conferencia celebrada en septiembre de 2012 sobre «El juez y la costumbre internacional», estos se han completado con contribuciones suplementarias de jueces eminentes, nacionales e internacionales, para compilar una obra cuya publicación está prevista para septiembre de 2015.

7. En lo que respecta a la contribución del CAHDI a los trabajos de otras instancias, cabe señalar que los asesores jurídicos de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa coinciden en otras instancias como la Unión Europea y las Naciones Unidas, lo que favorece la adopción de enfoques coherentes y el intercambio de opiniones sobre cuestiones jurídicas. Cabe citar a este respecto los debates que se están celebrando actualmente sobre la solución de controversias de derecho privado cuando una de las partes es una organización internacional. El CAHDI ha considerado necesario intervenir porque la inmunidad de esas organizaciones a menudo impide a los particulares víctimas de un daño causado por el comportamiento de una organización internacional obtener reparación ante un juez nacional. No obstante, en los últimos años esta inmunidad se ha cuestionado cada vez más a menudo, por entenderse que mantenerla sería incompatible con el derecho de acceso a los tribunales. Si bien es evidente que el tema excede del marco regional del Consejo de Europa, es muy complicado, en este momento, abordarlo en un marco más amplio. En septiembre de 2014, el CAHDI también organizó un seminario sobre «Los aspectos jurídicos de la función del Estado anfitrión de organizaciones internacionales», durante el cual se definieron orientaciones destinadas a los Estados que acogen organizaciones internacionales, en particular sobre la legislación interna que regula el estatuto de las organizaciones o la cuestión de la aplicación del derecho nacional.

8. El CAHDI también ha tenido ocasión de examinar de nuevo la relación entre la Unión Europea y el Consejo de Europa y, a petición del Comité de Ministros, ha aprobado un dictamen sobre la recomendación de la Asamblea Parlamentaria titulada «Aplicación del Memorando de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea», que se refiere, entre otras cosas, a la posibilidad de que la Unión Europea se adhiera como tal a convenios del Consejo de Europa[198]. El orador destaca a este respecto que la Unión Europea ya es parte en diez convenios del Consejo de Europa y ha firmado otros cuatro, pero no los ha ratificado aún. También señala que la Unión Europea podría pasar a ser parte en 23 convenios adicionales y ser invitada a adherirse a otros 12 después de su entrada en vigor. No obstante, a fin de no obstaculizar las negociaciones en curso, los miembros del CAHDI han convenido en no comentar de momento el dictamen 2/13 en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó, el 18 de diciembre de 2014, que el proyecto de acuerdo sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) no era compatible con algunas disposiciones del derecho comunitario.

9. En conclusión, el orador dice que el CAHDI proseguirá las deliberaciones y los debates y seguirá proponiendo soluciones a problemas contemporáneos en un espíritu de cooperación activa con los otros actores de la sociedad internacional, puesto que está convencido de que la cooperación es fundamental en el derecho internacional.

10. La Sra. REQUENA (Consejo de Europa) dice que la cooperación entre las Naciones Unidas y el Consejo de Europa en el ámbito del derecho internacional se ha reforzado aún más gracias a la participación de representantes del Consejo de Europa en la Semana del Derecho Internacional, en el marco del examen por la Sexta Comisión del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su labor. En particular, el Sr. Polakiewicz, Director de la Dirección del Consejo Jurídico y de Derecho Internacional Público, participó, con ocasión de la 25ª reunión de asesores jurídicos celebrada los días 27 y 28 de octubre de 2014, en un grupo de debate sobre el tema «Acceso extraterritorial a la información: derechos y obligaciones de los Estados» con una exposición sobre el problema de la conciliación entre la aplicación efectiva del derecho y la protección de datos.

11. La Sra. Requena dice que, después de referirse a algunas novedades en relación con la presidencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa, hablará de los aspectos del derecho de los tratados relativos a los convenios del Consejo de Europa antes de abordar la cuestión de las actividades del Consejo en materia de lucha contra el terrorismo, para terminar con algunas cuestiones sobre las atribuciones de la delegación de la Federación de Rusia en la Asamblea Parlamentaria.

12. En lo que respecta al primer asunto, la Asamblea Parlamentaria ha renovado el mandato de la Sra. Battaini-Dragoni como Secretaria General Adjunta. Asimismo, en noviembre de 2014, Azerbaiyán cedió la presidencia del Comité de Ministros a Bélgica, a la que sucedió Bosnia-Herzegovina en mayo de 2015. Esta se ha fijado entre sus prioridades la promoción de la ratificación y aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014; la ampliación de la política del Consejo de Europa con respecto a las regiones vecinas, a saber, los acuerdos de cooperación para 2015-2017 concertados con Jordania, Marruecos y Túnez y el fortalecimiento de la cooperación con Kazajstán y Kirguistán, de manera que las normas jurídicas del Consejo de Europa puedan servir de base para el desarrollo del marco jurídico de esos países; las actividades del Consejo de Europa en el ámbito de la cultura, en particular el Convenio Cultural Europeo y las actividades realizadas por el Consejo a través del Fondo Europeo de Ayuda a la Coproducción y Distribución de Trabajos Creativos Cinematográficos y Audiovisuales (EURIMAGES); y el refuerzo de la intervención del Consejo de Europa con respecto a la dimensión religiosa del diálogo intercultural.

13. En relación con las últimas novedades relativas al derecho convencional del Consejo de Europa, el 3 de junio de 2015, el Comité de Ministros aprobó una resolución para la modificación del artículo 26 del Estatuto del

[198] Dictamen del CAHDI sobre la recomendación 2060 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «Aplicación del Memorando de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea». Puede consultarse en el sitio web del Consejo de Europa: www.coe.int.

Consejo de Europa por la que se fija en 18 el número de escaños atribuidos a Turquía en la Asamblea Parlamentaria. La decisión tenía por objeto subsanar la insuficiente representación del Parlamento turco en la Asamblea. Turquía, que se ha ofrecido a aportar una importante contribución al presupuesto del Consejo, cuenta ahora con el mismo número de escaños que los otros cinco grandes contribuyentes, a saber, Alemania, la Federación de Rusia, Francia, Italia y el Reino Unido.

14. El 9 de junio de 2015, el Gobierno de Ucrania notificó al Secretario General del Consejo de Europa su decisión de ejercer el derecho de derogación previsto en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Invocó una amenaza pública a la vida de la nación e indicó que debía tomar medidas al objeto de derogar determinadas obligaciones dimanantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de medidas que, entre otras cosas, imponen restricciones a los derechos garantizados en los artículos 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (Derecho a un proceso equitativo), 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (Derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en el artículo 2 (Libertad de circulación) de su Protocolo núm. 4. Según las autoridades de Ucrania, estas medidas, que guardan relación con las operaciones antiterroristas llevadas a cabo en algunas zonas de los distritos de Donetsk y Lugansk, solo se aplicarán en esas zonas, y toda modificación relativa a su aplicación, en particular desde el punto de vista territorial, se notificará al Secretario General del Consejo de Europa. Cabe señalar que no es la primera vez que se invoca el derecho de derogación previsto en el artículo 15 del Convenio, ya que varios países —Albania, Armenia, Francia, Georgia, Grecia, Irlanda, Reino Unido y Turquía— lo han hecho en el pasado. El Consejo de Europa seguirá colaborando con el Gobierno de Ucrania para que las medidas de derogación adoptadas se levanten cuanto antes. Entretanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos seguirá recibiendo y examinando las demandas en que se acusa a Ucrania de vulneraciones de derechos garantizados por el Convenio y determinará, en los asuntos de los que conozca, si las medidas adoptadas en virtud del derecho de derogación están justificadas a la luz de las amenazas que las motivaron.

15. En su último período de sesiones, celebrado en mayo de 2015, el Comité de Ministros adoptó una serie de decisiones para reforzar la eficacia del mecanismo de seguimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo buen funcionamiento se ve obstaculizado por problemas persistentes como el retraso en la tramitación de las demandas presentadas al Tribunal, la falta de ejecución de las sentencias del Tribunal por los Estados y la creciente carga de trabajo que ello representa para el Consejo de Ministros, que debe vigilar la debida ejecución de las sentencias del Tribunal. Entre otras medidas destinadas a mejorar la aplicación del Convenio, el Comité de Ministros alentó a los numerosos Estados partes en dicho instrumento que aún no lo hubieran hecho a firmar y ratificar sus Protocolos núms. 15 y 16. La oradora recuerda que en el artículo 1 del Protocolo núm. 15 se hace referencia expresa al principio de subsidiariedad y a la teoría del «margen de apreciación» y en el artículo 4 se fija en cuatro meses —frente a los seis actuales— el plazo para acudir al Tribunal después de que un tribunal nacional haya dictado sentencia firme. El Protocolo núm. 16 prevé, por su parte, la posibilidad de que los tribunales nacionales de más alta instancia soliciten dictámenes al Tribunal sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación del Convenio o sus Protocolos. El Comité de Ministros está convencido de la importancia de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la alienta encarecidamente, pero no puede prejuzgar el resultado de las negociaciones en curso sobre la cuestión entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea.

16. Se han abierto a la firma dos nuevos convenios del Consejo de Europa: el Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, en septiembre de 2014, y el Convenio contra el Tráfico de Órganos Humanos, en marzo de 2015. El Convenio Europeo sobre la Repatriación de Menores, aprobado en 1970, entrará en vigor el 28 de julio de 2015. La Oficina de Tratados observa que cada vez más Estados no miembros del Consejo de Europa solicitan adherirse a sus convenios. De los 216 convenios existentes, 159 están abiertos a la firma de Estados no miembros. Desde julio de 2014, se han registrado diez adhesiones y se han recibido nueve solicitudes de adhesión de Estados no miembros. Se ha simplificado y abreviado considerablemente el procedimiento de adhesión de los Estados no miembros a los convenios del Consejo de Europa. Así, la solicitud de adhesión ya no se somete a una primera consulta a todos los Estados miembros del Consejo de Europa seguida de una segunda consulta a los Estados no miembros que son parte en el convenio objeto de la solicitud, sino a una única consulta a todos los Estados partes en el convenio, ya sean miembros o no, que dura como mucho seis semanas, y no varios meses como antes.

17. Tras los terribles ataques terroristas ocurridos en Bélgica, Francia y Dinamarca, el Secretario General del Consejo de Europa presentó al Comité de Ministros, el 9 de febrero de 2015, un documento con propuestas de actuación inmediata para combatir el extremismo y la radicalización que dan lugar al terrorismo. Sobre la base de este documento, el Comité de Ministros aprobó, en su período de sesiones de mayo de 2015, una declaración y un plan de acción centrados en dos grandes objetivos: reforzar el marco jurídico de la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento, y prevenir y combatir la radicalización violenta, en particular en las escuelas, las prisiones e Internet. En su período de sesiones de mayo, el Comité de Ministros también aprobó un protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo que trata la cuestión de los combatientes terroristas extranjeros y proporciona una definición más clara de las infracciones previstas en la resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El plan de acción aprobado por el Comité de Ministros prevé además la elaboración de una nueva recomendación sobre los terroristas que actúan solos y de directrices para la prevención de la radicalización en las prisiones.

18. En enero de 2015, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa decidió ratificar las atribuciones de la delegación de la Federación de Rusia, pero suspendió sus

derechos de voto y representación en los órganos rectores de la Asamblea a fin de expresar claramente su condena por la continuación de las graves vulneraciones del derecho internacional cometidas por la Federación de Rusia en Ucrania. En su período de sesiones de junio de 2015, la Asamblea decidió no anular las atribuciones ya ratificadas a fin de favorecer el diálogo con la Federación de Rusia, pero mantuvo las sanciones en vigor. En una decisión de 15 de abril de 2015, el Comité de Ministros hizo un llamamiento para que todas las partes interesadas respetaran los acuerdos de Minsk[199], en particular la serie de medidas para la aplicación de dichos acuerdos adoptadas en febrero de 2015[200].

19. Para concluir, la oradora cita la resolución 69/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que esta acoge con beneplácito la contribución del Consejo de Europa a la Sexta Comisión y la Comisión de Derecho Internacional, y señala que el Consejo de Europa también celebra esa cooperación.

20. El Sr. KITTICHAISAREE desea saber cuáles son las disposiciones legales en que se basa la decisión de la Unión Europea de recurrir a las fuerzas armadas para detener los buques utilizados por quienes se dedican a la trata de personas. En lo que respecta a la inmunidad de los representantes del Estado, en su fallo en la causa de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, la Corte Internacional de Justicia reconoció el principio de la inmunidad personal de los miembros de la troika. Esta cuestión es objeto de debate en la Comisión, ya que algunos miembros consideran que únicamente deberían gozar de esta inmunidad los Jefes de Estado o de Gobierno, mientras que varios Estados han declarado en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas que no solo deberían gozar de ella los miembros de la troika, sino también otros representantes del Estado. Convendría saber la posición del CAHDI a este respecto, así como sobre la cuestión de si los prestatarios privados deben gozar de inmunidad funcional y, en caso afirmativo, por qué motivo.

21. El Sr. PARK, refiriéndose a la cuestión de los combatientes terroristas extranjeros, dice que se trata de un nuevo fenómeno que no existía en el momento de la conclusión de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, por lo que cabe considerar que constituye un «cambio fundamental en las circunstancias» en el sentido del artículo 62 de la Convención de Viena de 1969. Desea saber si se ha tenido en cuenta ese artículo en los debates que llevaron al CAHDI a concluir que el hecho de denunciar la Convención y adherirse de nuevo a ella formulando una reserva que permite privar de su nacionalidad a los combatientes terroristas extranjeros es contrario al derecho de los tratados y se considera fraude de ley.

[199] Declaración de conclusiones de las consultas del Grupo de Contacto Trilateral relativas a las medidas conjuntas para la aplicación del Plan de paz del Presidente de Ucrania P. Porochenko y las iniciativas del Presidente ruso V. Putin (firmada en Minsk el 5 de septiembre de 2014), y Memorando de aplicación de la declaración de conclusiones de las consultas del Grupo de Contacto Trilateral relativas a las medidas conjuntas para la aplicación del Plan de paz del Presidente de Ucrania P. Porochenko y las iniciativas del Presidente ruso V. Putin (firmado en Minsk el 19 de septiembre de 2014).

[200] Resolución 2202 (2015) del Consejo de Seguridad, de 17 de febrero de 2015, anexo I.

22. El Sr. RIETJENS (Consejo de Europa) dice que no puede explicar en nombre de la Unión Europea las razones que la han llevado a tomar las medidas mencionadas por el Sr. Kittichaisaree, pero que estará encantado de abordar esta cuestión con él en otro contexto. En relación con los combatientes terroristas extranjeros, aclara que el CAHDI, que ante todo es un lugar de intercambio de opiniones, no tiene una posición oficial al respecto, y que los gobiernos siguen estudiando la forma de luchar eficazmente contra este fenómeno con arreglo a derecho. No recuerda que el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 se haya invocado durante los debates del CAHDI, pero es incuestionable que ese artículo ofrece un ángulo de reflexión muy pertinente que no dudará en señalar a los miembros del CAHDI en sus futuros debates. Hablando a título personal, el orador señala que, ante el terrorismo, los dirigentes políticos a menudo se sienten obligados a tomar con urgencia fuertes medidas para tranquilizar a la población, como ocurrió, por ejemplo, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, con el riesgo de ignorar a veces algunos principios que un Estado de derecho debe respetar. Solo más adelante, tras una reflexión en la que influyeron en particular eminentes juristas como los de la Comisión, se introdujeron ajustes en las medidas inicialmente adoptadas. La contribución de los expertos en derecho internacional es, por tanto, esencial para definir medios de actuación conformes a los principios de derecho.

23. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que las reuniones entre la Comisión y el CAHDI siempre permiten mantener un intercambio muy fructífero de opiniones sobre cuestiones de interés común y que es importante que continúen. En cuanto a los combatientes terroristas extranjeros, suscribe por completo el punto de vista del CAHDI de que denunciar las convenciones pertinentes y adherirse de nuevo a ellas con una reserva para poder privar de su nacionalidad a las personas de que se trate constituye un fraude de ley. No obstante, no está convencida de que esta manera de proceder sea contraria al derecho de los tratados, como parece demostrar el caso del Estado Plurinacional de Bolivia y la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de Modificación de la Convención. En efecto, el Estado Plurinacional de Bolivia, que era parte en la Convención desde 1976, la denunció en junio de 2011, con efecto el 1 de enero de 2012, para adherirse de nuevo a ella en 2013, con una reserva que le permite autorizar en su territorio el consumo de la hoja de coca como práctica tradicional. Catorce Estados formularon objeciones, pero al ser su número inferior al umbral de un tercio de los Estados partes que requiere la Convención para rechazar la reserva, esta se consideró autorizada.

24. El Sr. FORTEAU pregunta qué impide que la cuestión del arreglo de controversias de derecho privado cuando una de las partes es una organización internacional sea objeto de debate en un marco más amplio que el del Consejo de Europa.

25. El Sr. RIETJENS (Consejo de Europa) agradece a la Sra. Escobar Hernández que haya mencionado el caso de la nueva adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de Modificación de la Convención, pero dice que no recuerda si la reserva

de ese país fue examinada por el CAHDI en calidad de Observatorio europeo ni sabe qué países formularon las objeciones que ella menciona. El debate sobre los combatientes terroristas extranjeros tuvo lugar durante el examen del tema del programa relativo a las cuestiones actuales de derecho internacional, es decir, un intercambio de opiniones muy general que, en principio, no da lugar a una conclusión del CAHDI. Las opiniones mencionadas pertenecen a las delegaciones que las expresaron. No obstante, la Sra. Escobar Hernández ha demostrado claramente que se puede dudar del carácter absoluto de la afirmación de que el procedimiento utilizado por Bolivia, en particular, es contrario al derecho de los tratados. En lo que respecta a la cuestión del arreglo de controversias de derecho privado cuando una de las partes es una organización internacional, aún no ha habido ocasión de abordarla a nivel mundial. Los miembros del CAHDI han mostrado interés porque se plantea con frecuencia en la práctica, y se han preguntado cómo podrían combinarse el principio de la inmunidad funcional de las organizaciones y el derecho de acceder a un juez para hacer valer sus derechos. Sin duda llegará un momento en que otras instancias abordarán esta cuestión.

26. La Sra. REQUENA (Consejo de Europa) dice que el caso de la reserva del Estado Plurinacional de Bolivia a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 enmendada por el Protocolo de Modificación de la Convención no se ha examinado en los debates del CAHDI. No obstante, la Oficina de Tratados del Consejo de Europa ha estudiado si puede considerarse fraude de ley que un Estado parte en el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad denuncie el Convenio y se adhiera de nuevo formulando una reserva para poder privar de su nacionalidad a los combatientes terroristas extranjeros. Más que en el procedimiento en cuestión, la Oficina se ha interesado en la reserva en sí y en su compatibilidad con el objeto y fin del Convenio. Habida cuenta de que el Convenio contempla la pérdida de la nacionalidad a iniciativa de un Estado parte, entre otras circunstancias en caso de alistamiento voluntario en fuerzas militares extranjeras, la Oficina ha considerado que toda reserva destinada a permitir la retirada de la nacionalidad a los combatientes terroristas extranjeros está prohibida por el Convenio y sería contraria a su objeto y fin porque los grupos armados a los que se unen estos combatientes no son fuerzas nacionales oficiales. Habida cuenta de que no existen actas oficiales de los debates del CAHDI, estos tienen un carácter más oficioso que los celebrados en otras instancias, como el sistema de las Naciones Unidas, lo que permite tomas de posición más avanzadas.

27. El Sr. HASSOUNA desea saber si el CAHDI ha considerado la posibilidad de establecer una cooperación con la AALCO, que sería beneficiosa para ambas partes, dado que se ocupan de cuestiones comunes. También sería muy útil que el CAHDI propusiera temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

28. El Sr. ŠTURMA conviene, en relación con los combatientes terroristas extranjeros, en que la solución de las reservas no sería la mejor en el caso del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad. Con todo, el CAHDI tal vez podría considerar la posibilidad de aprobar un acuerdo, incluso en forma simplificada, sobre la interpretación de este Convenio en relación con la cuestión del servicio en fuerzas armadas extranjeras que permita tomar medidas contra las personas de que se trate.

29. El Sr. RIETJENS (Consejo de Europa) agradece al Sr. Hassouna sus propuestas y dice que propondrá a los miembros del CAHDI que inviten al Secretario General de la AALCO a venir a exponer los trabajos de su organización, dado que los intercambios entre organizaciones regionales son mutuamente enriquecedores. También pedirá a las delegaciones miembros del CAHDI que reflexionen sobre temas que podrían proponerse a la Comisión para comunicárselos al Sr. Singh durante la visita que tiene previsto hacer en septiembre 2015. Por último, observando que el Sr. Šturma suscribe lo dicho con respecto al cambio en las circunstancias, señala que el CAHDI debe tomar en consideración este argumento en sus futuros debates sobre las posibilidades de encontrar un fundamento jurídico en el que basar las medidas que los Estados están determinados a adoptar, si bien de preferencia en el respeto del estado de derecho.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. F, A/CN.4/685, A/CN.4/L.870)

[Tema 8 del programa]

Segundo informe de la Relatora Especial (*continuación*)

30. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/685).

31. El Sr. HMOUD dice que, al iniciar el estudio de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, la Comisión se ha entregado a una ambiciosa tarea, ya que las normas al respecto son quizás insuficientes y la noción de medio ambiente no está bien definida jurídica y científicamente. Es fundamental elaborar normas o principios aplicables tanto durante los conflictos armados como en tiempos de paz. No es una tarea fácil, puesto que algunas normas, como las que regulan los conflictos armados, constituyen una *lex specialis*. No obstante, la Comisión ha hecho bien al decidir, a propuesta de la Relatora Especial, no limitar el alcance del tema a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados propiamente dichos. En efecto, si el objetivo es brindar la máxima protección al medio ambiente, conviene establecer un régimen jurídico completo que regule u oriente el comportamiento de las partes antes y después de los conflictos y durante estos. No cabe duda de que el papel más importante a este respecto corresponde a los Estados, en particular en lo que concierne a las medidas de precaución, preparación y atenuación, pero las organizaciones intergubernamentales también pueden desempeñar un papel importante en la medida en que están sujetas a las normas o asociadas a su aplicación. Desde este punto de vista, el orador pregunta si la Relatora Especial podría abordar en sus próximos informes, aunque sea como propuestas, la manera en que las organizaciones internacionales

pueden contribuir a la protección jurídica del medio ambiente, entre otras cosas en forma de obligación de cooperación o intercambio de información.

32. En cuanto a la forma del resultado final de los trabajos, la Relatora Especial considera que debe tratarse de principios que, no obstante y en función del contexto, podrían ser vinculantes. De hecho, en su versión actual, los proyectos de principio 1 a 4 imponen obligaciones a los Estados y las partes en los conflictos. Los principios pueden expresar derecho positivo o considerarse *de lege ferenda* con independencia de la calificación que reciban, pero sus disposiciones tendrán más posibilidades de ser respetadas si no revisten la forma de un tratado. No obstante, la idea de elaborar proyectos de artículo no carece de interés, tanto más cuanto que las normas relativas a los conflictos armados están en su mayor parte codificadas en tratados universales.

33. En relación con los conflictos armados que se deben tomar en consideración, el orador considera que los trabajos deben referirse a los conflictos armados tanto no internacionales como internacionales. Como han dicho varios miembros, la mayoría de los conflictos armados contemporáneos son conflictos internos y el valor añadido de los trabajos de la Comisión sería mínimo si estos se limitaran a los conflictos armados internacionales. Aunque reine cierta incertidumbre sobre la aplicabilidad a los conflictos armados no internacionales de determinadas normas relativas a la protección del medio ambiente, nada impide afirmar que dichas normas son aplicables o desarrollan progresivamente nuevas normas aplicables a este tipo de conflictos. A este respecto, los principios deberían indicar expresamente que se aplican a los dos tipos de conflictos, sin detenerse en una definición. La incluida en el preámbulo es más exhaustiva en lo que respecta a los conflictos armados no internacionales y ha sido utilizada por jurisdicciones internacionales como el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, pero la Comisión no tiene ninguna necesidad de entrar en el debate sobre qué situaciones deben considerarse conflictos armados. En efecto, si bien el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 incluye en la definición el uso de la fuerza entre grupos armados, el Protocolo II dispone que, para estar comprendido en su ámbito de aplicación, un conflicto armado no internacional debe enfrentar a un Estado a grupos armados que ejercen sobre una parte de su territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. De todos modos, si la Comisión decide aprobar una definición de la expresión «conflicto armado», debe exigir que el uso prolongado de la fuerza alcance un nivel mínimo de intensidad.

34. En lo que respecta a la definición del medio ambiente, apenas hay instrumentos internacionales y regionales que definan el medio ambiente o el medio ambiente natural, y la definición que contienen no siempre abarca los recursos naturales. En el contexto de la protección del medio ambiente natural o del medio ambiente en relación con los conflictos armados, la inclusión de los recursos naturales puede plantear un problema, ya que las normas aplicables a esos recursos en virtud del derecho internacional humanitario no tienen necesariamente por objetivo la protección del medio ambiente. Algunas de estas normas, al igual que las resoluciones judiciales relativas al tratamiento dado a los recursos naturales durante un conflicto armado o las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre las situaciones de conflicto, tienen esencialmente por objeto proteger derechos económicos y patrimoniales contra la destrucción y explotación, y no el medio ambiente como tal. En cualquier caso, si se incluyen los recursos naturales en la definición de medio ambiente, convendría distinguir entre protección del medio ambiente y protección de los derechos económicos y patrimoniales asociados a los recursos naturales. Además, las normas existentes en materia de protección del medio ambiente durante los conflictos armados, incluidas las enunciadas en el Protocolo I, se refieren esencialmente al medio ambiente natural. Si la Comisión también pretende ocuparse de la protección del medio ambiente humano o el patrimonio natural, habrá que encontrar un fundamento jurídico sólido, dado que el derecho internacional positivo no parece prever esa protección.

35. En lo que respecta a las armas, el orador no ve ningún motivo para excluir algún tipo de armas, convencionales o no, del alcance de los principios, en particular los aplicables durante el conflicto armado. Si bien, en su opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia constató que no existía en el derecho internacional convencional ni en el derecho internacional consuetudinario ninguna prohibición total y universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, dictaminó que esa amenaza o ese empleo sería, en general, contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, lo que confirma que el empleo de armas nucleares queda comprendido en el ámbito de aplicación del derecho de los conflictos armados y que todas las prohibiciones o protecciones específicas relativas al medio ambiente enunciadas en ese derecho se aplican a esas armas. A ese respecto, y al igual que otros miembros de la Comisión, el orador considera que el proyecto debería contener un principio sobre la prohibición del empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. Se trata de una norma del Protocolo I de la que cabe afirmar que reviste un carácter consuetudinario, al menos en los conflictos armados internacionales, y estos métodos o medios de hacer la guerra pueden ser incompatibles con la aplicación estricta de los principios de distinción, proporcionalidad y necesidad militar.

36. Las normas de derecho internacional que pueden ser aplicables en tiempos de paz y durante los conflictos armados también requieren que se haga una observación general. En los artículos de 2011 sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[201], los tratados relativos al medio ambiente figuran en la lista indicativa de tratados que, en razón de su materia, continúan aplicándose durante un conflicto armado. Convendría determinar las normas convencionales enunciadas en los tratados universales sobre la protección del medio ambiente que tienen ese carácter. Del mismo modo, ¿existen normas consuetudinarias relativas al medio ambiente que sean

[201] Resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101.

aplicables tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz? La Relatora Especial plantea esta cuestión al abordar, en el párrafo 52 de su segundo informe, los principios de precaución y prevención. Al menos en lo que respecta al primero, la Corte Internacional de Justicia parece reconocer en su opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares* que se aplica durante los conflictos armados. Así pues, tal vez sea esencial llegar a conclusiones sobre la aplicación temporal de esos y otros principios.

37. En cuanto a los principios y el preámbulo propuestos por la Relatora Especial, el orador considera que el propósito de los principios debería ser aumentar la protección del medio ambiente antes y después del conflicto armado y durante este. No obstante, el texto parece indicar que, durante todas las fases del conflicto, el aumento de esta protección se limita a medidas preventivas y de reparación, mientras que durante el conflicto el propósito es reducir al mínimo los daños colaterales. Por otra parte, el proyecto de principio 2 indica que durante los conflictos armados deberán aplicarse los principios y normas fundamentales de derecho internacional humanitario de manera que se intensifique lo máximo posible la protección. Es preciso armonizar estos objetivos para fijar criterios a los efectos de la aplicación e interpretación de los principios. Como han sugerido otros miembros, sería preferible suprimir la expresión «medidas preventivas y de reparación», ya que parece limitar el aumento de la protección únicamente a esas medidas. También convendría aclarar que el aumento de la protección y la reducción al mínimo de los daños colaterales no se excluyen mutuamente. A tal fin, se podría modificar el texto para que diga que el objetivo del aumento de la protección durante un conflicto armado *comprende* la reducción al mínimo de esos daños. El orador también está a favor de que se suprima el adjetivo «colaterales», puesto que uno de los objetivos debe ser reducir al mínimo todos los daños, sean o no colaterales. En cuanto al propósito del proyecto de principio 2, si bien no establece una jerarquía entre la protección del medio ambiente y la protección de los civiles y los bienes de carácter civil, tal vez convendría sustituir la expresión «de manera que se intensifique lo máximo posible la protección del medio ambiente» por «de manera que se aumente la protección del medio ambiente».

38. Por lo que respecta al proyecto de principio 1, como han dicho varios miembros, declarar que el medio ambiente natural tiene carácter civil creará incertidumbres sin lograr objetivos claros en materia de protección jurídica. Es comprensible que resulte difícil describir el medio ambiente natural como un «bien», puesto que se trata más bien de una noción. No obstante, a los efectos de la definición jurídica que determinará el conjunto de normas y principios aplicables a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, el derecho internacional establece claramente dos categorías: la de los civiles y los bienes de carácter civil y la de los objetivos militares. Si lo que se pretende es calificar el medio ambiente natural en el proyecto de principio 1, es preferible calificarlo de «bien de carácter civil» para garantizar su protección mediante las normas generalmente aplicables a la protección de esos bienes. Cabe, no obstante, recordar que algunas disposiciones aplicables a la protección de los bienes de carácter civil en virtud del derecho internacional humanitario no son automáticamente aplicables por analogía a la protección del medio ambiente natural porque, una vez más, se trata de una noción y no de un bien y, por tanto, debe ser objeto de un tratamiento jurídico *sui generis*. Asimismo, tal vez sea preferible, en lugar de limitarse a calificar el medio ambiente de bien de carácter civil, enunciar las normas jurídicas específicas aplicables a su protección durante un conflicto armado. El principal objetivo del proyecto de principio 1 es prohibir los ataques contra el medio ambiente natural, como se prohíben los ataques contra los bienes de carácter civil, a menos que se convierta en objetivo militar y en la medida en que lo haga. Esta norma emana del principio de distinción, que es fundamental para la protección jurídica de los bienes de carácter civil y, como lo demuestra el informe que se examina, existe una práctica suficientemente abundante para establecer este principio a los efectos de la protección del medio ambiente natural. Así pues, se trata de saber en qué momento el medio ambiente o una parte de él se convierte en objetivo militar. Determinar ese momento en el caso de otros bienes de carácter civil es probablemente más fácil que para el medio ambiente natural. ¿Convierte la transformación de una parte del medio ambiente en objetivo militar a todo ese medio ambiente en objetivo legítimo de un ataque? El texto del proyecto de principios o de los comentarios debe explicar esas distinciones y situaciones. En lo que respecta a la segunda parte del proyecto de principio 1, relativa a la obligación de respetar y proteger el medio ambiente natural, convendría indicar si se trata de una obligación específica de la situación de conflicto armado o es aplicable en todas las fases temporales. Ambas soluciones se apoyan en una práctica y una jurisprudencia suficientes.

39. El proyecto de principio 2 expresa dos ideas: la primera es que los principios y normas fundamentales de derecho internacional humanitario se aplican al medio ambiente, propuesta basada en la norma 43 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[202], según la cual los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural. El estudio concluye que esta norma se aplica a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Confirma también que estos principios fundamentales o generales también incluyen los de distinción y proporcionalidad, así como normas relativas a la necesidad militar. Además, como demuestra el segundo informe, la práctica parece confirmar la aplicabilidad de esos principios y normas al medio ambiente natural. En relación con el principio de precaución en el ataque, es preciso aclarar dos cuestiones: la aplicación del principio a los conflictos armados no internacionales, algo que no está resuelto, y el criterio de los daños. ¿Se trata de todos los daños incidentales, o los daños deben cumplir el estricto criterio del artículo 55 del Protocolo I, es decir, ser «extensos, duraderos y graves»? La segunda idea expresada en el proyecto de principio 2 es que los principios y normas de derecho internacional humanitario deben aplicarse de manera que

[202] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules*, Cambridge, CICR y Cambridge University Press, 2005, pág. 143 (en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas*, Buenos Aires, CICR y Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, pág. 159).

se aumente la protección del medio ambiente o se intensifique lo máximo posible su protección. Ello puede tener un importante efecto sobre la aplicación de esos principios, en particular habida cuenta de que el umbral de los daños es más elevado para el medio ambiente natural que en el caso de los civiles y los bienes de carácter civil. Como se ha dicho, como mínimo ese umbral no está claro. Se trata de una cuestión de principio que la Comisión debe aclarar.

40. El proyecto de principio 3 reafirma lo declarado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares* y tal vez es importante que constituya un principio distinto, según la forma en que se redacte el proyecto de principio 2. La Relatora Especial señala en el párrafo 161 de su segundo informe que no es tarea de la Comisión establecer los parámetros del principio de proporcionalidad. No obstante, parece importante explicar el contenido de todo el proyecto de principio 3, o sea, indicar cómo pueden tenerse en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar la necesidad y proporcionalidad de las operaciones llevadas a cabo en pos de objetivos militares. Es preciso aclarar la interacción entre los elementos de esta disposición, tal vez en los comentarios.

41. En lo que respecta a la prohibición de las represalias, el orador apoya la inclusión de ese principio, puesto que la prohibición total no debe estar sujeta a ninguna excepción ni condición. Es difícil que un ataque contra el medio ambiente natural pueda constituir una represalia lícita. Si el medio ambiente o una parte de este se convierte en objetivo miliar, se aplican otras normas a los ataques. Esta prohibición absoluta de las represalias contra el medio ambiente se reafirma en el artículo 55, párrafo 2, del Protocolo I y en la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados.

42. En cuanto al proyecto de principio 5, relativo a la designación como zonas desmilitarizadas, la Comisión debe, en efecto, indicar la necesidad de proteger jurídicamente las zonas de gran importancia ecológica. No obstante, convendría añadir al principio una disposición que indique que los acuerdos por los que se designan zonas como desmilitarizadas concertados por las partes antes del conflicto o durante este deben respetarse mientras continúe el conflicto y que las zonas no pueden ser objeto de ataques.

43. En conclusión, el orador recomienda que se remitan al Comité de Redacción los principios propuestos y las disposiciones del preámbulo relativas al alcance y el propósito.

44. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ recuerda que la Relatora Especial ha explicado en detalle en su segundo informe las razones que la han llevado a presentar los resultados de su labor en forma de proyectos de principio y llama la atención sobre el término «principio», que ha sido interpretado de manera muy diferente por los miembros de la Comisión. Considera que el empleo de este término no resta en modo alguno valor normativo a los resultados de su labor. Como ha dicho en numerosas ocasiones a lo largo del quinquenio, los «principios» no pueden reducirse automáticamente a la categoría de meras declaraciones programáticas. Por el contrario, tienen un auténtico valor normativo y de los mismos se derivan inequívocamente obligaciones. Aun comprendiendo las razones de la Relatora Especial, la oradora estima no obstante, habida cuenta del contenido de las propuestas presentadas hasta el momento, que sería preferible hablar de «proyectos de artículo», en el entendimiento de que no tiene inconveniente en que se mantenga la expresión «proyectos de principio» si así lo desea la mayoría de los miembros.

45. Como ha señalado en el anterior período de sesiones, la oradora considera que el enfoque por fases adoptado por la Relatora Especial constituye una buena opción porque permite abordar de manera ordenada y sistemática los problemas relacionados con la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados antes y después del conflicto y durante este. En este sentido, coincide plenamente con el punto de partida de la Relatora Especial, conforme al cual no es posible abordar el tema sin tener en cuenta estas tres fases que, como es evidente, están interrelacionadas. Por otro lado, analizar de forma separada cada una de las fases permite «diseccionar» los problemas y evita un tratamiento de la cuestión de la protección del medio ambiente como un *totum revolutum* que llevaría a un debate circular del que sería muy difícil extraer conclusiones. Dicho esto, el enfoque por fases tiene una naturaleza metodológica y la oradora no puede compartir la opinión de los miembros de la Comisión que consideran que dicho enfoque se debe reflejar igualmente en los proyectos de principio, estableciendo una distinción rígida entre los aplicables en cada una de las fases. Por el contrario, si se pretende ofrecer un instrumento útil a los Estados, habrá que tomar en consideración sin duda las particularidades que dichos principios presentan en cada una de las tres fases, pero al mismo tiempo incluir principios de carácter general que sean plenamente válidos en las tres fases. Para la oradora, a este carácter general responden algunos de los proyectos de principio propuestos por la Relatora Especial, por ejemplo la segunda frase del proyecto de principio 1 y los proyectos de principio 3 y 5. La forma y el orden en que se presenten los proyectos de principio en el proyecto finalmente aprobado por la Comisión podrán decidirse en una fase ulterior.

46. En cuanto a las categorías de práctica que es preciso examinar, la oradora señala la importancia de analizar la práctica de los actores no estatales que intervienen en los conflictos armados, ya que de otro modo no se tomaría en cuenta una parte esencial de la práctica contemporánea en relación con los conflictos armados, en la que, lamentablemente, los atentados contra el medio ambiente revisten una especial relevancia. Por último, destaca la necesidad de distinguir entre los conceptos de «medio ambiente» y «medio humano», que en ocasiones no quedan suficientemente claros en el informe. Agradecería que la Relatora Especial tuviera en cuenta esta cuestión y, si lo estima conveniente, que la abordara en su próximo informe.

47. En relación con el preámbulo, la oradora comparte lo dicho por otros miembros en el sentido de que su contenido no se corresponde con el concepto tradicional de

preámbulo. No obstante, no cree que la propuesta de algún miembro de transformar los párrafos primero y tercero en principios en sí mismos sea la mejor solución. En efecto, ninguna de las disposiciones del preámbulo enuncia principios propiamente dichos. Aun reconociendo que la práctica de la Comisión al elaborar proyectos de principio ha sido muy variada, considera que la fórmula utilizada, en particular la presentación del alcance y los términos empleados como principios, no es la más correcta desde un punto de vista técnico, y la oradora preferiría incorporar los tres párrafos del preámbulo propuestos por la Relatora Especial bajo el título general de «Introducción», lo que respondería más adecuadamente a su naturaleza. La oradora tiene dudas de que el párrafo dedicado al «Propósito» deba conservarse en la forma en que está redactado en la actualidad. En todo caso, si la Comisión considera útil mantenerlo, debería ser el primero de los párrafos de la introducción e incluir una referencia a las medidas de protección para completar la mención a las medidas preventivas y de reparación. Por lo que se refiere a la expresión «daños colaterales», la oradora cree que no debe ser totalmente descartada, ya que, si bien no es un término «del arte», tiene el valor de haber alcanzado un cierto nivel de generalización en la práctica.

48. Respecto del apartado dedicado al «Alcance», la oradora considera necesario incluir una referencia explícita a «todos» los conflictos armados. Como han señalado la Relatora Especial y otros miembros de la Comisión, el proyecto de principios perdería buena parte de su valor si se aplicase únicamente a los conflictos armados internacionales, por lo que la inclusión de los conflictos armados de carácter no internacional debe quedar clara desde el primer momento, en particular a la luz de las dudas expresadas por la Relatora Especial sobre la conveniencia de incluir o no un apartado dedicado a los «Términos empleados». La oradora, por su parte, considera que ese apartado sin duda debe incluirse en el proyecto de principios con independencia de que su contenido se debata o no en el actual período de sesiones. En este sentido, quizás la Comisión podría considerar la posibilidad de remitirlo al Comité de Redacción, con la salvedad de que dicho apartado se abordará en un momento ulterior. Por lo que se refiere a las definiciones propuestas por la Relatora Especial, la oradora ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre estas en el anterior período de sesiones y no considera necesario hacerlo de nuevo.

49. En relación con el proyecto de principio 1, la oradora destaca que contiene dos partes claramente diferenciadas que quizás fuesen mejor comprendidas si se presentan en el orden inverso. En efecto, la afirmación de que el medio ambiente será respetado y protegido debe ser, a su juicio, el punto de partida de los proyectos de principio. Ello permitiría, en cierto modo, resolver el problema que plantea la afirmación de que «el medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza y no puede ser atacado», señalado por varios miembros de la Comisión. La oradora cree comprender que la finalidad de esta expresión es considerar al medio ambiente como un todo que se debe beneficiar de protección en relación con los conflictos armados. Dicha finalidad se alcanzaría mejor quizás refiriéndose primero a la necesidad de proteger el medio ambiente en su conjunto como un principio general que, posteriormente, podría ser desarrollado por una referencia concreta a la protección de las distintas partes del medio ambiente en tanto en cuanto sean bienes de carácter civil y no objetivos militares. En todo caso, el tema puede ser abordado más adecuadamente en el Comité de Redacción.

50. Por lo que se refiere al proyecto de principio 2, la oradora comparte en líneas generales el enfoque de la Relatora Especial, si bien considera que debería incluirse una referencia a todos los principios de derecho internacional humanitario, incluido el principio de humanidad. Aunque comparte la intención de garantizar la protección del medio ambiente al más alto nivel posible, la expresión «lo máximo posible» le genera dudas, no solo por su significado intrínseco, sino también porque su empleo en español no es el más adecuado en un texto jurídico. El Comité de Redacción podría considerar el empleo de otra expresión, por ejemplo «adecuadamente».

51. Como ya ha señalado la oradora, el proyecto de principio 3 se aplica a las tres fases tomadas en consideración por la Relatora Especial. No obstante, el empleo del término «evaluación» parece reducir su aplicación a la fase previa, por lo que sería necesario modificar la redacción actual para asegurarse de que dicho principio tenga carácter general. También considera conveniente que, como han señalado otros miembros de la Comisión y por las mismas razones, se sustituya el término «lícitos» por el término «legítimos».

52. La oradora comparte plenamente la redacción del proyecto de principio 4, así como los argumentos contenidos en el informe de la Relatora Especial que avalan su inclusión. Por último, en lo que respecta a las zonas de gran importancia ecológica y su designación como zonas desmilitarizadas en el proyecto de principio 5, considera que se trata de una cuestión de alcance general que merecería, por tanto, un tratamiento global en relación con las tres fases. A este respecto, la oradora subraya la especial relevancia que tiene el tratamiento de las zonas de gran importancia ecológica tras el fin del conflicto armado, desde la perspectiva tanto de la reparación como de la reconstrucción. Por consiguiente, quizás sería útil que la Relatora Especial aborde esta cuestión en su tercer informe y que, sobre la base del mismo, pueda reformular el proyecto de principio 5.

53. El Sr. HUANG expresa su reticencia a sumarse al debate sobre el tema, principalmente por tres razones.

54. En primer lugar, en 2015 se conmemora el 70º aniversario de la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la victoria de los aliados en la Segunda Guerra Mundial. Como todos saben, la Carta de las Naciones Unidas indica en su Artículo 1 que el principal propósito de las Naciones Unidas es «[m]antener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz». En un momento en que la comunidad internacional, en el marco de las actividades

conmemorativas, reafirma su determinación a eliminar el flagelo de la guerra para el logro de una paz duradera, la Comisión trata, por su parte, de regular los conflictos armados en relación con la protección del medio ambiente. Resulta paradójico.

55. En lo que respecta a los conflictos armados, la Comisión siempre ha actuado, desde su creación, en pro del mantenimiento de la paz, contra el uso ilícito de la fuerza y para que los criminales de guerra sean duramente castigados. Desde ese punto de vista fundamental, siempre ha dicho «no» a la guerra, a los asesinatos y al recurso ilícito a la fuerza, como lo demuestra toda una serie de importantes declaraciones, principios y proyectos de artículo que ha elaborado en los últimos 60 años, en particular el proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados[203], la formulación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[204], la cuestión de la definición de la agresión[205], el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad[206], el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[207] y el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional[208]. Aunque ha examinado los efectos de los conflictos armados en los tratados, la Comisión nunca ha tratado de regular los conflictos armados y nunca les ha abierto la puerta.

56. Además, todos saben también que las guerras y los conflictos armados revisten distinta naturaleza, siendo algunos lícitos y otros no. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, salvo en caso de legítima defensa o de medidas adoptadas en aplicación de las disposiciones de la Carta para mantener la paz y la seguridad internacionales, el derecho internacional prohíbe la amenaza o el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales. Por consiguiente, no procede que la Comisión examine la cuestión general de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados sin ninguna distinción ni limitación. En resumen, ante un conflicto armado ilícito o el empleo ilícito de la fuerza durante un conflicto, la comunidad internacional debe primero poner fin cuanto antes al conflicto y restablecer la paz, y no exigir a las partes en el conflicto que presten la debida atención a la protección del medio ambiente en tiempo de guerra. Este enfoque, que no tiene en cuenta la naturaleza de los conflictos armados ni se opone a los conflictos ilícitos para ocuparse únicamente de la protección del medio ambiente, equivale a decir a las partes en conflicto que no importa que entren en contienda siempre y cuando no causen daños al medio ambiente. Si bien, *a priori*, este enfoque parece objetivo y justo, en realidad es contrario a la esencia de la paz y la justicia. En última instancia, es imposible lograr el objetivo de proteger el medio ambiente porque todo conflicto armado inevitablemente causa daños, ya sea al medio ambiente natural o al medio ambiente humano.

57. En segundo lugar, en el orden jurídico internacional vigente existen numerosas normas que se refieren de manera específica a los conflictos armados, por ejemplo el régimen de los Convenios de Ginebra de 1949, que fundamentalmente tiene por objeto proteger a los civiles, y el régimen de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, centrado en la limitación de los medios de guerra. Este orden jurídico también incluye numerosas normas relativas a la protección del medio ambiente en los conflictos armados como la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de 1954, y sus dos Protocolos Adicionales; la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción, de 1972; la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, de 1976; la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 1980; y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción, de 1993. Muchas disposiciones de esas Convenciones se consideran parte del derecho internacional consuetudinario y, en ese sentido, vinculantes para todos los Estados. En la actualidad, el problema no es tanto la falta de normas como la inobservancia de las normas vigentes.

58. Lamentablemente, en los conflictos armados hay innumerables ejemplos de vulneraciones del derecho internacional. Así pues, aunque la Comisión considere necesario ocuparse de cuestiones relativas a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, no debe limitarse a recopilar las disposiciones pertinentes del derecho internacional positivo, sino tener el atrevimiento suficiente para abordar los problemas concretos que afecten de manera importante a la protección del medio ambiente, como la utilización del uranio empobrecido. Durante la guerra que tuvo lugar en la ex-Yugoslavia en la década de 1990, la OTAN lanzó decenas de miles de bombas de uranio empobrecido que causaron graves daños al medio ambiente de toda la región de los Balcanes. Del mismo modo, durante la guerra del Golfo de 1991, una de las partes en el conflicto utilizó bombas penetrantes de uranio empobrecido y dispersó así una gran cantidad de esta sustancia en el Golfo Pérsico, causando una contaminación masiva por uranio en la región. Por lo demás, el Parlamento Europeo ha aprobado una resolución en la que pide a la OTAN que suspenda la utilización de las armas de uranio empobrecido y tome todas las medidas necesarias para proteger la salud humana y el medio ambiente.

59. Hay también otras armas de destrucción en masa, como las armas nucleares y bioquímicas, y si la Comisión

---

[203] El proyecto aprobado por la Comisión figura en *Yearbook of the International Law Commission 1949*, págs. 286 y ss., párr. 46. Véase también la resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949, anexo.

[204] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

[205] Respecto a la cuestión de la definición de la agresión, véase *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission, 1949-1997*, que puede consultarse en el sitio web de la Comisión: https://legal.un.org/ilc/guide/7_5.shtml (en inglés únicamente).

[206] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

[207] El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con los comentarios correspondientes, figura en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

[208] *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 28 y ss., párr. 91.

teme, por razones políticas, abordar estas realidades de los conflictos armados que ponen gravemente en peligro el medio ambiente humano, cabe preguntarse qué sentido podrían tener sus trabajos sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

60. En tercer lugar, en el marco del tema que se examina, las nociones de «conflicto armado» y «medio ambiente» son imprecisas y esencialmente irreconciliables. La protección del medio ambiente es diferente de la protección de los civiles en tiempos de guerra porque los seres humanos son móviles y normalmente es posible distinguir a los no combatientes de los combatientes. En cambio, el medio ambiente es inmóvil, incluso si el campo de batalla puede desplazarse. Aunque pase de una ciudad a otra o de una aldea a otra, está siempre en el medio ambiente, al que la guerra causa daños inevitablemente.

61. La forma de los conflictos armados internacionales evoluciona constantemente y, cada vez más a menudo, estos enfrentan a Estados y grupos armados no estatales, o a combatientes lícitos y combatientes ilícitos, como ocurre en la actual guerra contra el EIIL, Al-Qaida y otras organizaciones terroristas. Es una guerra entre la humanidad y el diablo, y el diablo se ríe de las normas de derecho internacional. En esos conflictos no hay distinción entre combatientes y civiles ni entre objetivos militares y bienes de carácter civil, ya que los civiles sirven de escudo a los combatientes. Escuelas, hospitales, iglesias y otros bienes de carácter civil son a menudo utilizados como búnkeres. ¿Tiene aún sentido, en esas condiciones, la noción de «protección del medio ambiente»? El problema es que el proyecto de principios que la Comisión desea aprobar también debe ser aplicable a todos los tipos de campos de batalla; se trata de una condición previa y un punto de partida, así como de otra paradoja que la Comisión debe afrontar.

62. Frente a esta paradoja, la Relatora Especial debería modificar la estructura propuesta para el proyecto de principios, entre otras cosas reorganizando el preámbulo para reafirmar la adhesión de la Comisión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la posición fundamental que mantiene en lo que respecta a la paz, la justicia, la guerra y los conflictos armados. Cabe citar a este respecto el clásico ejemplo del preámbulo de la Convención IV relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1907: «Considerando que al buscar los medios de conservar la paz y prevenir los conflictos armados entre las naciones importa asimismo tener en cuenta el caso en que el recurso a las armas sea ocasionado por acontecimientos que su solicitud no haya podido evitar» y «Animados del deseo de atender, aun en esa extrema hipótesis, a los intereses de la humanidad y a las exigencias siempre crecientes de la civilización». Si, hace más de 100 años, los redactores de esta Convención pudieron poner de relieve la paz y la justicia al codificar las costumbres de la guerra, nada impide a la Comisión hacer lo propio.

63. El orador dice que no puede leer sus observaciones detalladas sobre el segundo informe de la Relatora Especial por falta de tiempo y que se las transmitirá directamente para limitarse en la presente sesión a hacer algunas observaciones sobre determinadas cuestiones.

64. La Relatora Especial menciona expresamente el Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a la guerra cibernética[209] entre los manuales de derecho internacional aplicables a los conflictos armados. No obstante, como han señalado algunos miembros, la autoridad de este Manual no está reconocida. No representa la posición oficial de los países de la OTAN porque se trata de un documento oficioso elaborado por expertos. Además, es muy peligroso proponer que se apliquen al ciberespacio las normas relativas al empleo de la fuerza, al derecho de legítima defensa, a la responsabilidad del Estado, al derecho de los conflictos armados y al derecho internacional humanitario, reconociendo implícitamente la legitimidad de la guerra cibernética. Muchos países no aceptan el Manual de Tallin, que es cuestionado en el ámbito académico, por lo que no es apropiado atribuirle la importancia que le da la Relatora Especial.

65. En cuanto a los medios de guerra, el informe se limita a citar el empleo de ciertas armas y excluye del proyecto las armas de destrucción en masa prohibidas por el derecho internacional. No obstante, son armas de destrucción en masa como las armas nucleares las que más daños causan al medio ambiente en caso de conflicto armado. Si bien las normas de derecho internacional vigentes no prohíben expresamente el empleo de las armas nucleares, la Comisión, sin perjuicio de esas normas, no puede dejar de lado la cuestión de las armas nucleares al abordar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Convendría al menos tratar de prohibir el empleo de las armas nucleares contra Estados que no las poseen y prohibir a los Estados poseedores de armas nucleares que sean los primeros en utilizarlas en un conflicto armado.

66. En cuanto a la forma del resultado de los trabajos sobre el tema, el proyecto de principios que propone la Relatora Especial parece apropiado en este momento, ya que tal vez sea prematuro adelantar la forma definitiva. Por ahora, es preferible que la Comisión elabore un conjunto de directrices o conclusiones no vinculantes y no un proyecto de convención.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3269ª SESIÓN

Martes 14 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, 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. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

---

[209] *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. F, A/CN.4/685, A/CN.4/L.870)

[Tema 8 del programa]

SEGUNDO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*conclusión*)

1. El PRESIDENTE invita al Comité a reanudar el examen del segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/685).

2. El Sr. VALENCIA-OSPINA dice que, a fin de evaluar el derecho aplicable a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, la Relatora Especial ha llevado a cabo un análisis detallado del derecho de los conflictos armados en sí, a saber, el derecho internacional humanitario, y su aplicación a la protección del medio ambiente, tanto de manera directa como mediante transposición, analogía o una interpretación ampliada. No obstante, el derecho internacional humanitario no es el único derecho aplicable durante un conflicto armado (fase II); es muy probable que algunas normas de derecho ambiental internacional también sean aplicables durante dicho conflicto, como reconoce la Relatora Especial en su informe preliminar[210]. La cuestión de si los tratados ambientales y otras normas ambientales en general siguen siendo aplicables durante el conflicto armado es de gran importancia para el tema. Aun así, la Relatora Especial no la aborda en su segundo informe; simplemente la menciona en varias ocasiones. Además, según el programa de trabajo futuro que se esboza en los párrafos 230 y 231 del informe, parece que la oradora no tiene la intención de abordar ese asunto en su tercer informe, que se centrará en las medidas posteriores a los conflictos (fase III), aunque en el párrafo 232 invita a la Comisión a que vuelva a pedir a los Estados que proporcionen ejemplos de normas de derecho ambiental que hayan seguido aplicándose durante conflictos armados. La Relatora Especial y la Comisión harían bien en concentrarse en la aplicabilidad de los principios de derecho ambiental en la fase II, ya que, como reconoce la Relatora Especial en el párrafo 17 de su informe, en el 66º período de sesiones la mayoría de los miembros acordaron que la cuestión principal era establecer cuáles eran las normas y principios de derecho ambiental internacional aplicables en relación con los conflictos armados[211].

3. La situación es similar en el caso de la cuestión conexa de si las normas de derecho internacional humanitario prevalecen durante un conflicto armado como *lex specialis*, una cuestión cuya importancia reconoció la Relatora Especial en su informe preliminar, en el que se señala que es necesario llevar a cabo un análisis y extraer conclusiones con respecto a la incertidumbre que se plantea a la hora de determinar con exactitud el modo en que opera la aplicación paralela y los casos en que la *lex specialis* prevalece claramente como único derecho aplicable[212]. En su segundo informe, la Relatora Especial parece adoptar la postura de que el derecho internacional humanitario prevalece como *lex specialis*. No obstante, el orador dice que la máxima *lex specialis derogat legi generali* ya no determina la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho ambiental internacional, pues la distinción clara entre el derecho internacional general y el derecho de los conflictos armados parece estar desdibujándose. Mientras que hace 100 o 150 años las guerras se declaraban oficialmente y se consideraba en general que suspendían *ipso facto* otras obligaciones de derecho internacional, en la actualidad los conflictos armados no se declaran y hay un amplio reconocimiento de la validez permanente del derecho internacional general. Uno de los principales motivos del cambio es la creciente prevalencia de tratados multilaterales como fuentes de derecho internacional, cuya suspensión o terminación como resultado de la participación de una o varias de las partes contratantes en un conflicto armado desestabilizaría en gran medida el sistema jurídico internacional.

4. Tres de las conclusiones formuladas por la Comisión en el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados y sus correspondientes comentarios[213] son pertinentes para el presente tema. En primer lugar, como principio general, se estableció que la existencia de un conflicto armado no produce la terminación o suspensión *ipso facto* de los tratados. En segundo lugar, se determinó que los tratados relativos a la protección del medio ambiente pertenecían, en razón de su materia, al grupo de tratados que presumiblemente seguirían aplicándose durante un conflicto armado. En tercer lugar, se decidió no establecer normas fijas sobre los tratados o las disposiciones de tratados que debían seguir aplicándose, sino trabajar con hipótesis y presunciones. Ese enfoque da a entender que los tratados que siguen vigentes durante un conflicto armado deben aplicarse con cierta flexibilidad y pueden adaptarse a las necesidades imperantes en tiempo de guerra. La posibilidad de limitar ese flexibilidad aplicando el concepto de estado de necesidad ha sido estudiada en detalle por Silija Vöneky en su trabajo sobre la aplicabilidad del derecho ambiental vigente en tiempo de paz a los conflictos armados internacionales, mencionado en la útil bibliografía que figura en el anexo II del segundo informe. Además, la continuidad en la aplicación del derecho internacional ambiental durante los conflictos armados también ha sido reconocida por el CICR en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[214].

5. Dada la necesidad de coherencia en la labor de la Comisión sobre los distintos temas, también es conveniente examinar los comentarios de los proyectos de artículo 20 y 21 [4] sobre la protección de las personas en casos de desastre[215], que abordan cuestiones similares, si

[210] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, pág. 223, párr. 3.

[211] Ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 167 y 168, párr. 192.

[212] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/674, pág. 223, párr. 6.

[213] Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101.

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

[215] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 97 y 98.

bien es cierto que el derecho internacional humanitario y la protección de las personas están más estrechamente relacionados que el derecho internacional humanitario y la protección del medio ambiente. En esos artículos, la Comisión decidió tratar directamente la cuestión del marco jurídico que prevalecía y, aunque dio preferencia a las normas más especializadas de derecho internacional humanitario en los casos en que se aplicaban, no descartó la aplicabilidad paralela de ambos marcos jurídicos cuando tanto los desastres como los conflictos armados coexistían, a fin de evitar lagunas jurídicas en la protección de las personas afectadas por desastres. Adoptar ese enfoque en relación con el tema objeto de examen significaría dar prioridad a las normas de derecho internacional humanitario, pero únicamente tras examinar con detenimiento si ello provocaría lagunas en la protección del medio ambiente y de qué manera podría aplicarse en paralelo el derecho internacional ambiental para cubrir esas lagunas.

6. La cuestión del derecho internacional humanitario como *lex specialis* se plantea con más frecuencia al abordar la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. La Corte Internacional de Justicia y los académicos adoptaron inicialmente el criterio de que el derecho internacional humanitario prevalecía como *lex specialis* para resolver la cuestión de cuál de los dos marcos jurídicos internacionales debía aplicarse en tiempos de conflicto armado. No obstante, la distinción cada vez más desdibujada entre el derecho internacional general y el derecho aplicable durante los conflictos armados ha dado lugar a que se abandone ese enfoque excluyente. En la actualidad se suele aplicar un enfoque complementario que procura determinar las normas más favorables para las personas. Aun así, el derecho internacional humanitario puede alterar las normas establecidas por el derecho de los derechos humanos, como queda patente al examinar la cuestión de la legalidad del asesinato en tiempos de guerra. Las normas que definen los objetivos y blancos militares legítimos se encuentran en el derecho internacional humanitario. No obstante, limitarse a afirmar que el derecho internacional humanitario es *lex specialis* y poner fin ahí al discurso sobre su relación con el derecho de los derechos humanos es una simplificación excesiva, que no tiene en cuenta las características específicas del ordenamiento jurídico internacional, con sus marcos jurídicos paralelos y superpuestos. Del mismo modo, afirmar que el derecho internacional humanitario es *lex specialis* en la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional ambiental también es una simplificación excesiva, que no hace justicia a la importancia del tema y la necesidad de su desarrollo progresivo y codificación por la Comisión.

7. Hay otras razones por las que la Relatora Especial debe ampliar el alcance de su investigación en la fase II más allá del derecho internacional humanitario. En primer lugar, la labor de la Comisión sobre el tema se ha visto impulsada por un informe de 2009 del PNUMA, titulado *Protecting the environment during armed conflict*[216], que establece, entre otras cosas, que el derecho internacional humanitario no protege eficazmente el medio ambiente en tiempos de conflicto armado. En el informe del PNUMA se pide específicamente a la Comisión que estudie el tema y se señala de manera explícita que es fundamental aclarar la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional ambiental.

8. En segundo lugar, el derecho internacional ambiental es un marco jurídico mucho más contemporáneo que el derecho internacional humanitario. Si el análisis se centra únicamente en el derecho internacional humanitario con miras a reproducir o transponer sus normas en un nuevo instrumento, se corre el riesgo de obtener un resultado que quede obsoleto de manera instantánea. El derecho internacional humanitario es antropocéntrico por naturaleza, ya que fue concebido para reducir el sufrimiento humano. El tema actual exige un examen detenido de otras normas menos antropocéntricas para determinar si pueden o deben aplicarse en tiempos de conflicto armado.

9. Por último, podría ser perjudicial para el actual régimen de Ginebra de derecho internacional humanitario centrar el análisis de la fase II en sus disposiciones, destinadas a la protección de los seres humanos. El intento de ampliar el régimen a la protección del medio ambiente podría reducir su aceptabilidad general para los Estados. En el segundo informe se propone aplicar los principios generales del derecho internacional humanitario a la protección del medio ambiente por analogía o interpretación ampliada, o en tanto que normas autónomas de derecho internacional consuetudinario, como hizo el CICR en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. No obstante, ese esfuerzo amplía de manera evidente el sentido de los textos acordados de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, cuyo ejemplo más llamativo es el intento de proteger el medio ambiente en su conjunto estableciendo su carácter civil a fin de facilitar la transposición. Ese enfoque equivaldría a que la Comisión modificara los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, algo que escapa a su mandato. Cabe destacar, además, que los Estados no apoyan esas modificaciones, como se desprende claramente tanto de las respuestas a preguntas concretas que se han recibido de los Estados hasta la fecha como de la situación de las ratificaciones y las reservas a las ratificaciones del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), que incluye las pocas disposiciones dedicadas de manera específica a la protección del medio ambiente.

10. Las normas aplicables en caso de ocupación son otra cuestión pertinente en el contexto de los conflictos armados que la Relatora Especial declaró que no abordaría hasta el tercer informe porque la ocupación suele ir más allá del momento en que cesan las hostilidades militares activas. No obstante, aborda esa cuestión en el segundo informe, en el párrafo 96, cuando se refiere al derecho en materia de ocupación aplicable durante los conflictos armados, y en el párrafo 119, donde cita un ejemplo de la aplicación al medio ambiente del derecho de los conflictos armados durante la ocupación militar, como quedó patente en los juicios de Núremberg. El

[216] PNUMA, *Protecting the environment during armed conflict: an inventory and analysis of international law*, Nairobi, 2009.

orador confía en que la Relatora Especial aborde la cuestión de la ocupación en relación con la fase II y la fase posterior al conflicto.

11. Por último, el orador recomienda la remisión de todos los textos propuestos en el anexo I del segundo informe al Comité de Redacción.

12. El Sr. SABOIA dice que está de acuerdo con muchas de las cuestiones planteadas por el Sr. Valencia-Ospina, en particular la necesidad de un estudio más detenido de los criterios que deben aplicarse para determinar qué normas de derecho ambiental son aplicables en tiempos de conflicto armado y la importancia de abordar el tema de la ocupación durante la fase II del estudio.

13. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ señala que el segundo informe de la Relatora Especial está bien elaborado y sustentado en una profunda investigación detallada de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, y múltiples materiales. Con relación a un aspecto netamente formal, agradece que la Relatora Especial presente los proyectos de principio tanto en el cuerpo del segundo informe como en un anexo al mismo. Sería útil que todos los relatores especiales sigan un método similar, sobre todo si son varios los proyectos de texto que se presentan. Asimismo, sería útil que en un segundo anexo se recojan aquellos proyectos que ya han sido aprobados por la Comisión para facilitar una rápida consulta.

14. Si bien el tema se presta muy bien a la preparación de proyectos de artículo, el orador puede acompañar la preferencia de la Relatora Especial de elaborar proyectos de principio, los cuales, evidentemente, tienen un carácter normativo. Los principios generalmente enuncian normas de un carácter más fundamental o más general. Apoya que se redacte un proyecto de preámbulo que permita identificar el propósito y alcance del proyecto de principios. No obstante, en el preámbulo también se debería consignar la importancia del medio ambiente para la vida en la Tierra y la necesidad de asegurar su protección en relación con los conflictos armados. Tal vez la Relatora Especial desee preparar un proyecto de preámbulo más elaborado en su tercer informe o incluso en el presente período de sesiones, teniendo en cuenta el debate en sesión plenaria. En todo caso, la Comisión debería tomar la decisión de contar con un proyecto de preámbulo y de remitir al Comité de Redacción los dos párrafos que constan en la propuesta bajo el título de «Propósito».

15. El objetivo fundamental en el marco de este tema debería ser el desarrollo y sistematización de un sistema jurídico amplio y coherente que asegure la adecuada protección del medio ambiente antes, durante y después de los conflictos armados internacionales y no internacionales. No se debe limitar a la mera identificación de las normas existentes y directamente aplicables del derecho internacional humanitario. La aplicación del derecho de los conflictos armados no excluye la aplicación de otras normas de derecho internacional, como las relacionadas con el medio ambiente. Hay una creciente conciencia de la comunidad internacional sobre la necesidad de asegurar la protección jurídica del medio ambiente, que se ha reflejado en un importante desarrollo del derecho internacional ambiental en los últimos decenios, así como en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales y en la jurisprudencia, como se indica en el informe. La Comisión no debería estancar el avance de ese proceso debido a un exceso de prudencia, sino promover su desarrollo. Para ello, será muy importante contar con las opiniones de los Estados Miembros en la Sexta Comisión y con las opiniones que sean presentadas por escrito.

16. Tomando en cuenta lo señalado, los dos párrafos de la sección titulada «Propósito» del proyecto de preámbulo deberían ampliarse. En lugar de «aumentar la protección del medio ambiente» se podría decir «asegurar la más amplia protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados». Un segundo párrafo podría indicar que esa protección se aplica antes, durante y después de los conflictos armados. Un párrafo adicional podría indicar que «la protección del medio ambiente conlleva el respeto y cumplimiento de las normas y principios de derecho internacional aplicable, en particular de derecho internacional humanitario, durante las tres fases indicadas, así como la adopción de medidas preventivas, de protección y de reparación».

17. El orador apoya la propuesta de integrar el texto que figura en las secciones tituladas «Alcance de los principios» y «Términos empleados» en la parte introductoria dispositiva del conjunto de principios. Aunque la Relatora Especial ha expresado la preferencia de no enviar todavía al Comité de Redacción los dos proyectos de definición sobre «conflicto armado» y «medio ambiente», el orador señala que son un buen punto de partida para el proyecto de principios, pues se basan en trabajos anteriores de la Comisión. Efectivamente, parece conveniente aprovechar la labor previa de la Comisión, como el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, en el que se establece el principio general de que la existencia de un conflicto armado no da lugar *ipso facto* a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación. Ese principio incluye los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente, así como las normas de derecho internacional consuetudinario en la materia. En ese sentido, el orador considera útil la propuesta que ha hecho el Sr. Forteau de que se efectúe un análisis más sistemático de la normativa internacional de protección del medio ambiente que se continuaría aplicando durante un conflicto armado.

18. Volviendo a las definiciones, el orador considera conveniente definir los términos clave, entre otras cosas, porque ello permite delimitar el alcance del tema. La definición de «conflicto armado» propuesta por la Relatora Especial le parece adecuada. Cualquier definición de «conflicto armado» que redujera el alcance del tema mediante la exclusión de los conflictos armados no internacionales sería inapropiada, ya que los acontecimientos recientes han puesto de manifiesto que esos conflictos pueden tener consecuencias desastrosas de gran alcance en un entorno compartido por cientos de miles de personas. Además, como se desprende del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, existe una evolución hacia la aplicación creciente de las normas de derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales a los no internacionales.

19. La definición de «medio ambiente» debería ser suficientemente amplia para abarcar los recursos naturales, el patrimonio natural y el patrimonio que comprende las obras conjuntas del hombre y la naturaleza. Por lo tanto, no se debería incluir ninguna referencia al medio ambiente «natural», ya que puede ser demasiado restrictivo, ni usar de manera intercambiable las expresiones «medio ambiente» y «entorno natural», a fin de evitar problemas de interpretación. A los efectos del proyecto de principios, la noción de medio ambiente no se debe limitar al mundo silvestre, sino que debe abarcar las partes del medio ambiente con signos de actividad humana. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que los recursos naturales deben incluirse en la definición, no como fuente de conflictos armados, sino porque pueden ser objeto de ataque, destrucción o pillaje durante las hostilidades.

20. Los pueblos indígenas podrían verse particularmente afectados por los conflictos armados debido a su especial relación espiritual, cultural y material con el medio ambiente. El orador aprecia el análisis que ha efectuado en ese ámbito la Relatora Especial de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También es útil tener en cuenta los artículos 29 y 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[217] y los artículos XVIII y XXIV del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo proceso de negociación está muy cerca de concluir. La Relatora Especial podría considerar la elaboración de un proyecto de principio en relación con la necesidad de brindar protección especial a las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas en tiempos de conflicto armado.

21. El orador comparte el enfoque de la Relatora Especial de comenzar por el principio general de que el medio ambiente no puede ser objeto de ataque. En este tema, el bien jurídico tutelado es el medio ambiente como tal, y no se concibe en abstracto, sino en su totalidad. Solo si determinadas partes del medio ambiente se convierten en objetivo militar, pierden la protección. Por tanto, es importante mantener la expresión «a menos que» («*unless and until*»), que figura en el proyecto de principio 1, para dejar claro que es la excepción a la norma general. El término inglés «*until*» denota el alcance temporal de esa excepción e indica que la parte del medio ambiente en cuestión recuperará la protección que le es debida en el momento en que cese de ser un objetivo militar.

22. Teniendo en cuenta lo que significa el medio ambiente para la vida en el planeta, para las generaciones presentes y futuras, la Relatora Especial tiene razón en afirmar que no cabe equiparar el medio ambiente con un mero objeto civil más a ser protegido únicamente por la *lex specialis* del derecho internacional humanitario; también goza de protección en virtud del derecho internacional ambiental, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, así como los tratados de desarme. Sin calificar el medio ambiente de objeto civil en el proyecto de principio 1, la Relatora Especial propone considerarlo «civil por naturaleza» para denotar que no puede ser objeto de un ataque. En el preámbulo se debería hacer constar que los ataques al medio ambiente pueden afectar a los ciclos vitales del planeta o incluso llegar a destruir su capacidad de sostener la vida en la Tierra. La referencia en la segunda parte del proyecto de principio al «derecho internacional aplicable» también es de suma importancia, en la medida en que se afirma que el derecho internacional humanitario no es el único derecho aplicable. El orador está a favor de la propuesta de cambiar el orden de las dos oraciones en el proyecto de principio 1.

23. El orador manifiesta su apoyo al proyecto de principio 2, ya que aplica los principios de derecho internacional humanitario, incluidos los principios de precaución, distinción y proporcionalidad, y normas como la necesidad militar, que se han consagrado en el derecho consuetudinario y contribuyen a asegurar la debida protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. También le parece adecuado el proyecto de principio 3, inspirado en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Comparte lo sugerido por algunos colegas de incluir un principio basado en el artículo 35, párrafo 3, del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, que prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural; ese principio se aplica a todos los métodos y medios de hacer la guerra sin excepciones. El orador apoya asimismo la sugerencia de recoger en el texto de la Comisión como principio, a título de desarrollo progresivo, la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves.

24. El proyecto de principio 4, que prohíbe los ataques contra el medio ambiente como represalias, está recogido del artículo 55, párrafo 2, del Protocolo I y va en consonancia con el desarrollo del derecho internacional a favor de la protección del medio ambiente. El orador apoya el proyecto de principio 5, pero habrá que determinar el alcance del concepto de «zonas de gran importancia ecológica» y sus consecuencias, en particular el respeto a las mismas por parte de terceros Estados, el reconocimiento de ese estatus y las declaratorias de zonas desmilitarizadas en tiempos de paz. En ese contexto, dice no concordar con la afirmación que se hace en el párrafo 218 del informe de que, a los efectos de las actividades militares, es posible considerar las aguas internacionales como zona económica exclusiva, ya que, como se señala en el párrafo 217, algunos Estados consideran que se requiere el consentimiento del Estado ribereño para realizar maniobras militares en esas zonas. Además, el Estado ribereño tiene jurisdicción en la zona económica exclusiva con respecto a la protección y conservación del medio marino. En todo caso, este es un tema controvertido y no cabe expresar conclusiones que parezcan definitivas.

25. Se podría recoger un principio que hiciera referencia a las zonas protegidas, como las zonas libres de armas nucleares y las zonas reservadas exclusivamente para fines pacíficos, ya que las declaratorias o designaciones de zonas tienen un importante componente de protección

[217] Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, resolución 61/295, anexo.

del medio ambiente frente a los potenciales efectos desastrosos del uso de determinadas armas de destrucción en masa y de los conflictos armados en general. La protección de los sitios del patrimonio mundial también podría ser objeto de un proyecto de principio específico.

26. El orador invita a la Relatora Especial a que aproveche la importante investigación consignada en su segundo informe, que puede servir de base para más principios. Apoya el envío de los proyectos de principio al Comité de Redacción, incluidos los relativos al alcance y el propósito, teniendo en cuenta los comentarios expresados en los debates en sesión plenaria.

27. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que el segundo informe de la Relatora Especial resulta de gran ayuda para determinar las normas vigentes aplicables a los conflictos armados que son directamente pertinentes para la protección del medio ambiente en los conflictos armados internacionales y no internacionales. La situación mundial actual, en la que el número en aumento de conflictos no internacionales está teniendo consecuencias cada vez más graves para el medio ambiente, pone de manifiesto la creciente importancia de la fase II del enfoque temporal adoptado por la Relatora Especial, a saber, las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente durante el conflicto armado.

28. La Comisión debería, de hecho, volver a pedir a los Estados que proporcionen información sobre sus prácticas en la materia, como propone la Relatora Especial en el párrafo 232 de su segundo informe.

29. Libia es un ejemplo de situación en que la intervención militar para proteger a los civiles fue seguida de una serie de actos que menoscabaron gravemente elementos vitales del entorno natural, incluso de países vecinos. Aunque la legislación nacional libia prevé numerosos mecanismos para proteger los recursos naturales y el medio ambiente, el conflicto armado vivido en el país ha menoscabado esa legislación, ya que las preocupaciones de seguridad inmediatas se han impuesto a las consideraciones medioambientales. Por tanto, la comunidad internacional debe reunir la voluntad política necesaria para garantizar la aplicación de la legislación de protección del medio ambiente en tales circunstancias.

30. Corresponde a la Comisión y, en última instancia, a la Asamblea General determinar el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema. Dado que esa labor tiene muchas facetas, tal vez sea conveniente pedir opinión a la Sexta Comisión antes de tomar una decisión definitiva sobre la forma que debe adoptar.

31. El Sr. KITTICHAISAREE desea saber qué normas jurídicas, en su caso, se han aplicado en relación con la protección del medio ambiente en Libia durante las hostilidades actuales.

32. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que el Consejo de Seguridad justificó la decisión de intervenir en Libia en 2011 por la necesidad de proteger a los civiles. Si bien la protección de los civiles y la protección del medio ambiente son indisociables, la intervención militar creó una situación que propició la comisión de actos perjudiciales para el medio ambiente. Por tanto, defiende que deben preverse disposiciones específicas para proteger el medio ambiente cuando se adopten medidas militares para proteger a los civiles.

33. La Sra. JACOBSSON (Relatora Especial), resumiendo el debate de su segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, agradece a sus colegas las constructivas contribuciones al debate sobre el tema y dice que tendrá en cuenta todas las opiniones expresadas al elaborar su tercer informe.

34. Después de escuchar las declaraciones formuladas durante el debate, se da cuenta de que tendría que haber explicado los motivos de sus decisiones con más claridad. Su idea es que los proyectos de principio se agrupen con arreglo a su finalidad funcional y de manera que reflejen las tres fases temporales, y que posteriormente se integren en un mismo conjunto, con los ajustes necesarios. Los proyectos de principio numerados ahora del 1 al 5 se insertarán más adelante en medio del texto definitivo, que también contendrá proyectos de principio sobre medidas preventivas, cooperación, intercambio de información y operaciones de mantenimiento de la paz, entre otras. La oradora está de acuerdo en que el texto necesita un preámbulo adecuado, pero es preferible posponer su redacción hasta el final de la labor. Las secciones sobre el propósito, el alcance y los términos empleados figuran bajo el epígrafe «Preámbulo» porque no le convencía denominar principios al alcance y el propósito. Propondrá diferentes títulos al Comité de Redacción.

35. En el informe no se examina qué normas, aparte de las relativas a los conflictos armados, pueden aplicarse a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, sencillamente porque ya es muy largo tal como está. Ni siquiera tuvo espacio suficiente para ocuparse de las normas relativas a los conflictos armados que se aplican antes y después de un conflicto armado. Consideró necesario investigar a fondo la *lex specialis* aplicable derivada de los regímenes convencionales, la jurisprudencia, la práctica de los Estados y la doctrina a fin de ofrecer a la Comisión una base sólida para debatir la fase II del enfoque temporal, que es el epicentro del tema. La oradora examinará en su tercer informe si hay otros tratados que pueden seguir siendo aplicables. En ese informe también tratará de establecer un vínculo más claro entre las secciones analíticas y los proyectos de principio.

36. Varios miembros de la Comisión han señalado que el preámbulo contiene una propuesta de definición de la expresión «medio ambiente», mientras que el proyecto de principios se refiere tanto al «medio ambiente» como al «medio ambiente natural». La oradora explica que, en el preámbulo, no le pareció apropiado calificar el medio ambiente de «natural» porque se habría desviado del título del tema. En la lista indicativa de tratados mencionada en el artículo 7 de los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados y que figura en el anexo de esos artículos[218], la Comisión no

[218] Resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101.

empleó la expresión «medio ambiente natural», sino que se refirió simplemente al «medio ambiente». La Corte Internacional de Justicia hizo lo mismo en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Por otra parte, tanto el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 como el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativo a los crímenes de guerra, contienen referencias al «medio ambiente natural», ya que eso es lo que protege el derecho aplicable a los conflictos armados. Ahora bien, el alcance de la protección que nos ocupa, como se establece en la sinopsis del tema, es mayor que el del derecho aplicable a los conflictos armados, y ello debe reflejarse en las disposiciones tituladas «Alcance de los principios» y «Propósito» de los párrafos del preámbulo. No obstante, al abordar de manera específica el derecho aplicable durante un conflicto armado, como sucede en los proyectos de principio 1 y 4, es importante utilizar la expresión acuñada «medio ambiente natural».

37. Por otra parte, en el proyecto de principio 2 la oradora no añadió el calificativo «natural» a la expresión «medio ambiente», de conformidad con el propósito de la labor de la Comisión, a saber, reforzar la protección del medio ambiente desde una perspectiva más amplia. En última instancia, lo que quiere señalar es que el tema actual no se limita a la protección del medio ambiente natural. Además, si se pretende atender a la petición de algunos miembros de la Comisión y de algunas delegaciones presentes en la Sexta Comisión de englobar las zonas declaradas patrimonio natural, incluidos los paisajes culturales, es preciso emplear una referencia más amplia que «medio ambiente natural». La oradora propone modificar la sección titulada «Propósito» para recoger algunas de las preocupaciones expresadas por los miembros. La cuestión sigue siendo determinar si es necesaria una definición de medio ambiente y, de ser así, cómo debería redactarse.

38. La declaración que figura en la primera oración del proyecto de principio 1 acerca del carácter civil del medio ambiente ha dado lugar a numerosos comentarios. Es importante distinguir la idea de que el medio ambiente es un bien de carácter civil y la idea de que el medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza, como quedó claro en los escritos de los especialistas. Aunque algunas partes del medio ambiente natural pueden considerarse bienes de carácter civil, referirse a todo el medio ambiente natural como un bien crearía confusión. Por ello, la oradora se abstuvo de utilizar esa formulación. En su opinión, el único inconveniente de la expresión «carácter civil por naturaleza» que figura en el proyecto de principio 1 es que el término «naturaleza» puede ser malinterpretado como sinónimo de «medio ambiente» en lugar de como parte de la expresión «por naturaleza». No obstante, a la luz de las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión y sus propias dudas con respecto a esa formulación, omitirá la referencia a «carácter civil por naturaleza» en la versión revisada de los proyectos de principio.

39. El concepto de «daños colaterales», incluido en una disposición del preámbulo bajo el epígrafe «Propósito», está directamente relacionado con el principio de proporcionalidad, que prohíbe ataques que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea. No obstante, dado que algunos miembros de la Comisión no aprueban el uso del término «colaterales», la Relatora Especial omitirá esa referencia al reformular el proyecto de principio.

40. Algunos miembros de la Comisión han expresado dudas en cuanto a que la prohibición de los ataques contra el medio ambiente natural a modo de represalias, como se propone en el proyecto de principio 4, se haya convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario. El objetivo no es tanto determinar que se trata de una norma consuetudinaria como establecer una norma. Hasta la fecha, hay 174 partes en el Protocolo I. En la medida en que no han formulado ninguna reserva al respecto, esas partes han quedado obligadas por la norma convencional que dispone que el medio ambiente natural no puede ser objeto de un ataque a modo de represalia. Sería de lamentar que la Comisión no reconociera o restara importancia a esa relevante prohibición. La oradora cree que podrá lograrse una formulación aceptable si el proyecto de principio se remite al Comité de Redacción.

41. La Relatora Especial está de acuerdo con los miembros de la Comisión que han dicho que es necesario seguir estudiando el tema y aclarar el sentido de la expresión «zonas de gran importancia medioambiental». Ha sido reacia a abordar la cuestión de un umbral de daño medioambiental inadmisible, pues considera que es algo que no corresponde hacer a la Comisión. Varios miembros le han recomendado que examine más a fondo la práctica de los actores no estatales y que no permita que la tendencia de la Comisión a no incluir la práctica de los actores no estatales en el concepto de derecho internacional consuetudinario le disuada de hacerlo. Aunque hay pocos ejemplos públicos de la práctica de los agentes no estatales relacionada con el presente tema, la oradora hará todo lo posible por hallarlos e insta a los demás miembros a que la informen en caso de que encuentren alguno. Propone que todos los proyectos de principio y el preámbulo se remitan al Comité de Redacción, en la inteligencia de que la disposición titulada «Términos empleados», aunque podría facilitar las reflexiones del Comité de Redacción, quedará pendiente.

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay ninguna objeción, considerará que la Comisión desea remitir el preámbulo y los proyectos de principio al Comité de Redacción, en el entendimiento de que la aprobación de los subpárrafos introductorios que figuran bajo el epígrafe «Términos empleados» se dejarán en suspenso para facilitar la redacción de futuros proyectos de principio.

Así queda acordado.

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

[Tema 1 del programa]

43. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados está integrado por la Sra. Jacobsson

[*] Reanudación de los trabajos de la 3267ª sesión.

(Relatora Especial), la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Gómez Robledo, el Sr. Hmoud, el Sr. Huang, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Saboia, Sir Michael Wood y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Aplicación provisional de los tratados[219] **(A/CN.4/678, cap. II, secc. G**[220]**, A/CN.4/676**[221]**, A/CN.4/687**[222]**)**

[Tema 6 del programa]

Tercer informe del Relator Especial

44. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, que figura en el documento A/CN.4/687.

45. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO (Relator Especial) señala, en primer lugar, que la cuestión de la extensión de los informes de los Relatores Especiales se está tornando en un asunto que debería ser considerado por las instancias correspondientes de la Secretaría y la Asamblea General con vistas a encontrar soluciones aceptables para todos, porque la naturaleza del trabajo de la Comisión exige una documentación significativa.

46. En el primer informe sobre el tema[223] planteó una introducción al estudio y trazó un plan de trabajo futuro. En el segundo informe[224] hizo un análisis de los efectos jurídicos de la aplicación provisional y, en particular, se centró en el origen de las obligaciones surgidas de la aplicación provisional; los respectivos derechos y obligaciones que deben observarse; la terminación de las obligaciones; y las consecuencias jurídicas de la violación de un tratado aplicado provisionalmente. Durante el debate de su segundo informe, el Relator Especial planteó a la Comisión algunos aspectos, a saber: los derechos y obligaciones de un Estado que ha consentido en aplicar provisionalmente un tratado son los mismos que si el tratado estuviese en vigor; una violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado activa la responsabilidad internacional de los Estados; y no es necesario realizar un estudio comparado de la legislación interna de los Estados para cumplir el mandato que le ha sido encomendado. Por supuesto, el Relator Especial estará atento a los comentarios de los miembros en ese sentido.

47. Durante los debates celebrados en la Sexta Comisión en el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, 30 Estados y la Unión Europea aportaron sus insumos sobre el tema, 18 Estados presentaron comentarios por escrito sobre la práctica nacional y, en una ronda de consultas informales, 35 delegaciones en Nueva York expresaron sus opiniones.

48. En seguimiento de la hoja de ruta trazada en el 66º período de sesiones de la Comisión, el tercer informe aborda dos cuestiones principalmente: la relación que guarda la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 y la aplicación provisional en relación con las organizaciones internacionales. También ofrece un análisis de las opiniones expresadas por los Estados Miembros, ya sea por escrito o en declaraciones pronunciadas en la Sexta Comisión. A pesar de que los Estados que remitieron comentarios sobre su práctica nacional no llegaban a la veintena, el número de ejemplos sobre tratados que prevén la aplicación provisional y que de hecho han sido aplicados provisionalmente es muy alto. En muchos casos, los procedimientos que se siguen para la aplicación provisional son los mismos que los que rigen la ratificación o la adhesión al tratado. En otros casos, el Estado acepta la aplicación provisional por medio de un acuerdo separado, distinto del tratado principal, como es el caso de los Estados Unidos de América. Debemos ver en ello el deseo de los Estados de delimitar claramente las disposiciones del tratado que será objeto de aplicación provisional, al tiempo que se busca un inicio rápido y sencillo de esa aplicación.

49. En ocasiones, la clasificación de la práctica estatal no coincide entre lo que señala la doctrina y lo que refieren los Estados miembros en sus comentarios a la Comisión. Ello muestra lo difícil que resulta poder apreciar y clasificar la práctica de los Estados con respecto a la aplicación provisional de los tratados y llama, por tanto, a la Comisión a ser prudente en esa tarea.

50. El análisis que se hace en el tercer informe sobre la relación que guarda la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no es exhaustivo y continuará en los próximos informes. Se ciñe a los siguientes artículos de la Convención: artículo 11 (Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado), artículo 18 (Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor), el artículo 24 (Entrada en vigor), artículo 26 (*Pacta sunt servanda*) y el artículo 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados). Esos artículos seleccionados son los que guardan una relación más estrecha con la aplicación provisional y los que más se han comentado en la doctrina y en la jurisprudencia en la materia.

51. La conclusión sugerida por el Relator Especial en el párrafo 44 de su tercer informe en cuanto a que las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado, en virtud del artículo 11 de la Convención de Viena de 1969, pueden ser las mismas para la aplicación provisional se desprende del análisis de los tratados examinados tanto en el presente informe como en los dos informes anteriores sobre el tema. Es importante mencionar lo anterior, pues de lo contrario se podría obtener la impresión equivocada de que el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, el único que se menciona en el tercer informe, es el único caso pertinente en ese sentido.

---

[219] En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (*Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 141), En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (*Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675).

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

[221] Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).

[222] Ídem.

[223] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664.

[224] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675.

52. En el informe también se trata la cuestión de la aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales. El nuevo memorando de la Secretaría sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/676), que aborda la historia legislativa del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, pone en términos lisos y llanos que los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, celebrada en 1986, tomaron como válida la formulación alcanzada en 1969 y reiteraron su contenido, su sentido y su alcance. Como se desprende del informe, en opinión del Relator Especial el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 refleja una norma de derecho internacional consuetudinario; sin embargo, no considera pertinente que se deba hacer un estudio a fondo de los elementos necesarios para determinar si esa disposición o la Convención de Viena de 1986 en su conjunto reflejan normas de carácter consuetudinario, ya que el estudio de la Comisión de la aplicación provisional de los tratados es independiente de esa cuestión. Dicho de otra manera, aun si la Comisión considerase que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 no constituye una norma de derecho internacional consuetudinario, el análisis planteado en el informe sería el mismo. A fin de cuentas, el interés de la cuestión radicaría más en el hecho de que la Convención de Viena de 1986 no está todavía en vigor.

53. Con respecto al examen hecho en el tercer informe de la aplicación provisional de los tratados en virtud de los cuales se crean organizaciones internacionales y regímenes internacionales, el orador quiere aclarar que por «regímenes internacionales» no se refiere a regímenes legales propiamente dichos, como un conjunto de normas y políticas para atender asuntos internacionales, sino a aquellas configuraciones de foros y entidades internacionales que se pueden crear a través de tratados y tener un papel relevante en la ejecución e implementación de esos tratados, aun cuando no tengan vocación de llegar a ser auténticas organizaciones internacionales.

54. Un ejemplo emblemático de la aplicación provisional de tratados negociados en el seno de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas convocadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales es el del establecimiento y funcionamiento de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares. Aunque el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares todavía no se encuentra en vigor, la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, en su forma transitoria, ha operado durante casi 20 años. Dado que no es posible vislumbrar la entrada en vigor del Tratado en un futuro cercano, el funcionamiento provisional de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares hace posibles los efectos jurídicos, o una parte de ellos, de ese instrumento.

55. El orador desea compartir con la Comisión una publicación titulada *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States (ECOWAS)*, que obtuvo del Ministerio de Asuntos Exteriores de Nigeria después de la entrega del tercer informe para su procesamiento. Tras una revisión exhaustiva de los 59 tratados celebrados bajo los auspicios de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) entre 1975 y 2010, se observa que solo en 11 de ellos no se prevé la aplicación provisional. La fórmula generalmente utilizada en los instrumentos restantes es la siguiente: «*The treaty shall enter into force provisionally upon the signature by Heads of State and Government and definitively upon ratification*». Si bien el uso de la expresión «entrada en vigor provisional» en lugar de «aplicación provisional» no es muy afortunado, la reiteración de esa fórmula muestra el interés de los Estados de esa región por aplicar provisionalmente los tratados celebrados en el seno de la CEDEAO. Es por motivos como ese por los que el Relator Especial considera tan pertinente la elaboración de una serie de directrices que sirvan como guía a los Estados y las organizaciones internacionales durante las negociaciones, incluso con la posible presentación de una o varias cláusulas modelo. También ahonda en la importancia que tiene la aplicación provisional de los tratados en los compromisos regionales de los Estados; tal vez la Comisión considere relevante elaborar un estudio de la práctica relacionada con la aplicación provisional de los tratados en el contexto de las organizaciones regionales.

56. Los seis proyectos de directriz sometidos a la consideración de la Comisión son el resultado del estudio del tema, tomando en cuenta los tres informes que hasta ahora se han presentado. Por supuesto, lo dispuesto en los artículos 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 ha sido el punto de partida para la elaboración del texto propuesto, cuyo objetivo es ofrecer una guía a los Estados y a las organizaciones internacionales que les dé más claridad sobre la aplicación provisional y su alcance. Desde un punto de vista metodológico, el orador ha tomado en cuenta las sugerencias de trabajar con un enfoque más inductivo y ha profundizado en el estudio de la práctica nacional, así como los ejemplos de los tratados y la doctrina.

57. El Relator Especial ha seguido la hoja de ruta planteada para el tratamiento del tema y propone para los informes futuros continuar con el análisis de la relación que guarda la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, como el régimen de reservas; abordar la cuestión de la relación entre la aplicación provisional y la sucesión de Estados en materia de tratados; examinar la práctica de los depositarios de los tratados multilaterales; y estudiar los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional respecto de tratados que otorgan derechos individuales. Igualmente, se seguirán elaborando nuevos proyectos de directriz que aborden otros aspectos de la aplicación provisional, si la Comisión así lo acuerda. El orador pide a la Comisión que reitere la invitación a los Estados Miembros a remitir comentarios sobre su práctica nacional relacionada con la aplicación provisional, pues no hay mejor insumo para el estudio del presente tema y también sirve para tomar en cuenta dudas o confusiones que puedan ser subsanadas al momento de desarrollar nuevas directrices.

58. El Sr. FORTEAU dice que los numerosos ejemplos valiosos de la aplicación provisional de los tratados que figuran en el informe del Relator Especial resultan particularmente útiles cuando ponen de relieve las lagunas en la Convención de Viena de 1969. Por ejemplo, el artículo 25

de la Convención no prevé de manera expresa que los Estados no negociadores apliquen el contenido de un tratado de forma provisional, aunque es algo que sucede en la práctica. Por consiguiente, es legítimo incluir esa posibilidad en el proyecto de directrices, como parece proponer el Relator Especial. Otros ejemplos arrojan luz sobre la situación de la legislación nacional relativa al régimen vigente en materia de aplicación provisional, mientras que la información que figura en el anexo del tercer informe confirma que las organizaciones internacionales, como los Estados, pueden aplicar provisionalmente los tratados.

59. La manera en que el Relator Especial describe la práctica de los Estados no siempre es suficientemente clara. En el párrafo 127 del tercer informe, por ejemplo, el Relator Especial menciona varios casos en que la aplicación provisional contempla efectos «retroactivos»; no obstante, al no haber explicaciones detalladas, es difícil entender qué significa eso y cuáles son las consecuencias de esa práctica. El alcance y la pertinencia del ejemplo citado en el párrafo 120, relativo a la declaración unilateral de la República Árabe Siria de que aplicaría provisionalmente la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción, tampoco están claros. Ese ejemplo no parece guardar relación con la aplicación provisional en el sentido del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, a menos que el Relator Especial considere que el acuerdo de las partes se manifieste mediante su inacción o su silencio respecto de la declaración unilateral. De ser así, se precisaría un examen más detenido de lo que debe entenderse por la expresión «convenido en ello de otro modo» a fin de determinar si se puede considerar que el silencio o la inacción son formas de expresar el acuerdo para la aplicación provisional de un tratado en el sentido del artículo 25 de la Convención.

60. Aunque el Relator Especial ha declarado que no tiene intención de examinar las disposiciones del derecho interno, en el párrafo 25 del informe clasifica a los Estados en función de si su legislación permite o no la aplicación provisional, sin explicar la base de esa clasificación, excepto mediante la referencia en una nota a pie de página en el apartado *f* del párrafo 25 a una publicación jurídica de 2012. Es preciso actuar con cautela al tomar posición sobre la legislación vigente en un Estado determinado. Por ejemplo, la decisión de incluir a Francia en la categoría de Estados que permiten la aplicación provisional en circunstancias excepcionales es, como poco, cuestionable. Si bien el orador se inclina a pensar que la aplicación provisional, al no estar expresamente prohibida por la legislación francesa, está autorizada de hecho, como pone de manifiesto también la práctica del Estado, otros autores opinan de otro modo y los tribunales constitucionales franceses nunca se han pronunciado sobre la cuestión. Por lo tanto, parece difícil llegar a una conclusión definitiva a ese respecto. De manera análoga, la inclusión de Bélgica en esa misma categoría no se corresponde exactamente con la información proporcionada a la Sexta Comisión por el representante de Bélgica en noviembre de 2013. Por consiguiente, la clasificación establecida por el Relator Especial debe tratarse con gran cautela. El Relator Especial menciona, de hecho, en el párrafo 26 del informe que algunos de los casos descritos en la citada publicación jurídica no siempre coinciden con la información facilitada por los Estados en sus observaciones, pero, en ese caso, habría sido mejor no citar en absoluto las conclusiones de esa obra, sin haberlas contrastado primero con otros estudios y, lo que es más importante, con la práctica.

61. En general, el orador está de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial sobre la relación entre la aplicación provisional y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969. No obstante, el análisis realizado no es exhaustivo. En particular, no se aborda el régimen de la suspensión o la terminación de la aplicación provisional, salvo de manera muy elíptica en los párrafos 57 y 59 del tercer informe. Es importante saber en qué medida la aplicación provisional de un tratado puede suspenderse o terminarse, por ejemplo, en caso de incumplimiento del tratado por otra de las partes que también lo esté aplicando de forma provisional. En ese sentido, el orador señala que el Relator Especial ha indicado que la cuestión de los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional, al menos con respecto a los tratados que confieren derechos individuales, se tratará en informes futuros. La Comisión también debe abordar el régimen relativo a la nulidad de los tratados, que probablemente se aplicará, *mutatis mutandis*, a los tratados aplicados de manera provisional.

62. Parece que el Relator Especial se ha precipitado un poco al afirmar en el párrafo 58 de su tercer informe que la aplicación provisional produce los mismos efectos jurídicos que cualquier acuerdo internacional y que esos efectos serán definitivos y ejecutables y no pueden ser cuestionados subsecuentemente en virtud de la naturaleza provisional de la aplicación del tratado. En primer lugar, no está claro que la aplicación provisional produzca exactamente los mismos efectos que la entrada en vigor del tratado. En el párrafo 4 de la sinopsis del tema «Aplicación provisional de los tratados»[225] se señala que hay cuatro puntos de vista diferentes sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional; así pues, la teoría del Relator Especial solo podrá aceptarse si demuestra que coincide con la práctica prevaleciente y la *opinio juris*. Además, cabe señalar que, en el párrafo 129 de su informe, el Relator Especial reconoce que algunos Estados y asesores legales de organismos internacionales no consideran que los tratados aplicados provisionalmente sean jurídicamente vinculantes. Si bien el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que son jurídicamente vinculantes, esa conclusión debe fundamentarse para ser plenamente convincente.

63. En segundo lugar, parece que puede haber justificación para considerar que la aplicación provisional es vinculante con respecto al tratado, pero que sus efectos no serán necesariamente definitivos una vez que haya terminado y cuando el tratado no haya entrado en vigor. Aunque la afirmación del Relator Especial de que los efectos jurídicos de la aplicación provisional son definitivos podría sustentarse estableciendo un paralelismo con el régimen aplicable a las consecuencias de la terminación de un tratado —el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969 establece que la terminación de un tratado «no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación»—, aún hay que demostrar la pertinencia de esa solución para

[225] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), anexo III, págs. 219 y 220, párr. 4.

la aplicación provisional mediante un análisis de la práctica en la materia. Además, la disposición establecida en relación con la nulidad de un tratado, en virtud de la cual solo los actos realizados de buena fe son vinculantes para las partes, podría considerarse aplicable. Por consiguiente, es preciso ahondar en el análisis antes de poder extraer conclusiones sobre ese punto.

64. También es un tanto peligroso afirmar, como hace el Relator Especial en el párrafo 122 del informe, que las reglas de la Convención de Viena de 1986 despliegan todos sus efectos jurídicos en virtud de que reflejan normas de derecho internacional consuetudinario. La Unión Europea, por ejemplo, siempre ha sostenido que la Convención de Viena de 1986 no refleja el derecho consuetudinario. Así pues, sería necesario llevar a cabo un estudio detallado antes de hacer semejante afirmación.

65. El orador no está convencido de que el resultado de la labor de la Comisión deba adoptar la forma de un proyecto de directrices. En primer lugar, es evidente que al menos algunas de las propuestas del Relator Especial no son directrices como tales, sino más bien exposiciones del derecho ya vigente. Denominándolas directrices, se corre el riesgo de dar a entender que en realidad no reflejan la legislación en vigor. En segundo lugar, teniendo en cuenta que el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior ha adoptado la forma de conclusiones, sería apropiado que los textos que finalmente se aprueben sobre el presente tema revistan la misma forma, ya que ambos temas se ocupan de aclarar el sentido de los artículos de la Convención de Viena de 1969. Además, es de lamentar que el Relator Especial no haya explicado, ni siquiera brevemente, las razones que le han llevado a proponer cada uno de los seis proyectos de directriz. En muchos casos es difícil entender por qué ha preferido una formulación frente a otra. En el proyecto de directriz 2, por ejemplo, no está claro por qué el texto se aparta de la formulación del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, que especifica que la aplicación provisional debe ser convenida por los «Estados negociadores». O se reintroduce esa aclaración o se añade un segundo párrafo que especifique que los demás Estados también pueden convenir con los Estados negociadores la aplicación provisional del tratado. La cláusula condicional que figura al final del proyecto de directriz 1 sobre el derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales también debe suprimirse, ya que no figura en la Convención de Viena de 1969 y no procede en absoluto del derecho convencional contemporáneo.

66. Los proyectos de directriz 2 y 3 aportan aclaraciones útiles; no obstante, el proyecto de directriz 2 debería especificar que la resolución aprobada por una conferencia internacional solo puede establecer un acuerdo para la aplicación provisional de un tratado si es vinculante y ejecutable. El proyecto de directriz 4 es oscuro, ya que todo el propósito del tema es determinar con exactitud los efectos jurídicos de la aplicación provisional. O se suprime el proyecto de directriz o se añade una oración que especifique que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos «en virtud de los proyectos de conclusión que figuran a continuación» [«*en vertu des projets de conclusion qui suivent*»].

67. En el proyecto de directriz 5, se debería especificar que el efecto de las obligaciones que se deriven de la aplicación provisional depende fundamentalmente de lo convenido por los Estados que han acordado la aplicación provisional. Además, no es cierto, como se indica en el párrafo 53 del informe y se da a entender en el proyecto de directriz 5, que la aplicación provisional de un tratado supone que el instrumento no está en vigor. Un Estado puede decidir aplicar provisionalmente un tratado después de que el tratado haya entrado en vigor, si no está en vigor para ese Estado. Parece que en el proyecto de directriz 5 el Relator Especial se refiere a la entrada en vigor subjetiva, y no la objetiva, del tratado; por lo tanto, esa distinción debe quedar clara en el texto propuesto.

68. Teniendo en cuenta el estado actual de las investigaciones del Relator Especial, el orador no considera aceptable el proyecto de directriz 6. Algunos expertos siguen creyendo que la vulneración de un tratado aplicado de manera provisional no genera necesariamente responsabilidad. La nueva edición del *Manual de cláusulas finales de tratados multilaterales* preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas señala, por ejemplo, que la aplicación provisional de un tratado es una opción que existe para aquellos Estados que deseen dar efecto a un tratado sin incurrir en los compromisos jurídicos derivados de él[226], lo que puede interpretarse en el sentido de que la aplicación provisional autoriza a los Estados a aplicar un tratado sin haber quedado necesariamente obligados a hacerlo. En cambio, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2015 en el asunto *Comisión Europea c. Consejo de la Unión Europea* establece que terceros Estados y empresas pueden beneficiarse de la aplicación provisional de los acuerdos, de lo que parece desprenderse que las partes que aplican provisionalmente un tratado quedan obligadas por esa aplicación. Dada la sutileza de la cuestión, es preciso examinarla con detenimiento. Además, el régimen establecido en el proyecto de directriz 6 está incompleto, ya que algunos incumplimientos del tratado justificados por circunstancias previstas por la ley no generan la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, convendría considerar la posibilidad de reformular esa directriz de manera que establezca, por ejemplo, que «el derecho de la responsabilidad internacional será de aplicación en caso de incumplimiento de un tratado aplicado provisionalmente, en la medida prevista por los Estados que convinieron en su aplicación provisional» [«*le droit de la responsabilité internationale s'applique aux cas de non-respect d´un traité appliqué provisoirement dans la mesure prévue par les États ayant convenu de l'application provisoire*»].

69. El orador recomienda que los seis proyectos de directriz presentados en el tercer informe del Relator Especial se remitan al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

---

[226] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.04.V.3, cap. I, secc. G.2, pág. 35.

3270ª SESIÓN

Miércoles 15 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Aplicación provisional de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687)

[Tema 6 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 aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/687).

2. El Sr. MURPHY felicita al Relator Especial por su excelente tercer informe, que ofrece un análisis muy útil para la continuación de los debates sobre el tema que se examina. Da las gracias a la Secretaría por los dos documentos sumamente detallados que ha elaborado para ayudar a la Comisión en sus trabajos, a saber, su estudio de noviembre de 2014 (A/CN.4/676), en que se analizan los antecedentes de las negociaciones relativas al artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 que tuvieron lugar en la Comisión y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, y el cuadro recapitulativo anexo al tercer informe, en el que se enumeran unos 50 tratados, concluidos entre 1969 y 2013, que contienen disposiciones relativas a la aplicación provisional. En lo que respecta a la cuestión de si las disposiciones del derecho interno de los Estados en materia de aplicación provisional de los tratados deben examinarse más adelante a los efectos del tema, el orador cree que tal examen requeriría una considerable logística cuando, después de todo, tiene escaso interés para los trabajos de la Comisión. Sin duda se podría tratar de hacer un inventario de la legislación y la práctica de los Estados con respecto a las modalidades de adhesión, provisional o no, a los tratados, pero estas varían considerablemente de un Estado a otro, por lo que sería una tarea muy tediosa que no tendría pertinencia directa para determinar las normas de derecho de los tratados aplicables con arreglo al derecho internacional. Así pues, sería preferible que el Relator Especial se limite a los aspectos del tema relacionados con el derecho internacional.

3. El orador tiene serias dudas sobre la afirmación que figura en el párrafo 122 del tercer informe de que las normas de la Convención de Viena de 1986 tienen pleno efecto jurídico porque reflejan normas de derecho internacional consuetudinario. En su anterior período de sesiones, la Comisión se cuidó de no calificar ciertas disposiciones de la Convención de Viena de 1969 de normas de derecho internacional consuetudinario. ¿Cómo podría afirmar ahora que toda la Convención de Viena de 1986 refleja el derecho internacional consuetudinario, aún más basándose en una única fuente doctrinal y sabiendo que esta Convención solo cuenta con 43 partes y aún no ha entrado en vigor, casi 30 años después de su aprobación? A la inversa, cabe afirmar razonablemente, a la luz del análisis de la práctica que figura en los estudios de la Secretaría de 2013[227] y 2014 y en la doctrina, que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, y tal vez el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, reflejan una norma de derecho internacional consuetudinario, algo en lo que parece convenir el Relator Especial en el párrafo 85 de su tercer informe, aunque no haya procedido a un análisis detallado de esta cuestión. No obstante, tal análisis es importante porque la Comisión no se pronunció sobre el carácter consuetudinario del artículo 25 en los trabajos previos a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y el carácter consuetudinario de este artículo parece haber sido cuestionado por algunos fallos recientes. Varios autores que suscriben la idea de que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 refleja el derecho internacional consuetudinario distinguen, no obstante, entre sus párrafos 1 y 2, en particular porque el segundo se elaboró en el marco de la conferencia diplomática y no es fruto de una propuesta de la Comisión. El orador considera, por su parte, que el artículo 25 refleja el derecho internacional consuetudinario e invita al Relator Especial a que se pronuncie más claramente a este respecto en un próximo informe.

4. Si bien no se opone a que se haga referencia al mismo tiempo al artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y al artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 en el proyecto de directrices, el orador estima que esas referencias serían más claras si la Comisión no se refiriera simultáneamente a ambas Convenciones a lo largo de todo el proyecto. Teme, de hecho, que, en su versión actual, el lector no informado interprete que las directrices se aplican únicamente a los tratados en que son parte al mismo tiempo Estados y organizaciones internacionales, confusión a la que también podrían prestarse los comentarios. Por ejemplo, en los párrafos 116 y 117 de su informe, el Relator Especial parece asimilar las acciones de una organización internacional creada en virtud de la aplicación provisional de un tratado a la aplicación provisional del tratado por la propia organización, algo que no puede ocurrir, ya que la organización internacional no es signataria del tratado. Sería preferible redactar el proyecto de directrices desde la única perspectiva de la Convención de Viena de 1969 e insertar una directriz final, acompañada de un comentario explícito, que diga que todas las directrices también se aplican en el contexto de la Convención de Viena de 1986. Tal vez el Comité de Redacción podría examinar esta propuesta.

5. En cuanto a los proyectos de directriz, el orador dice que cada uno debería llevar un título que indique

---

[227] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658.

claramente su objeto. El proyecto de directriz 1 parece referirse a determinados aspectos generales de la aplicación provisional de los tratados y retoma elementos del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986. El Relator Especial considera acertadamente que el artículo 25 establece la norma mínima en materia de aplicación provisional de los tratados, pero el texto del proyecto de directriz 1 duplica el de las disposiciones siguientes, omite algunos elementos importantes del artículo 25 e introduce otros elementos que son ambiguos. Así, el texto no aclara que un tratado solo se aplica provisionalmente hasta su entrada en vigor para la parte de que se trate; el empleo del verbo modal «*may*», que expresa una posibilidad, en lugar de la forma afirmativa podría llevar a pensar que la Comisión rechaza los términos de la Convención de Viena de 1969 para volver a la formulación que propuso inicialmente para el artículo 25. Además, si bien esa no parece ser la intención del Relator Especial, la referencia al «derecho interno de los Estados» lleva a creer que los Estados podrían invocar las disposiciones de su derecho interno para eludir la obligación de aplicar provisionalmente un tratado, lo que contraviene el enfoque global adoptado en la Convención de Viena de 1969. Solo cabe referirse al derecho interno en dos casos: cuando la parte de que se trate decida inicialmente permitir o no la aplicación provisional de un tratado, o cuando los propios términos del acuerdo por el que esta consienta en la aplicación provisional del tratado subordinen de una forma u otra dicha aplicación al derecho interno. Habida cuenta de lo que antecede, el orador estima que el proyecto de directriz 1 debería reformularse de manera que establezca claramente el ámbito de aplicación del proyecto de directrices. Además, al igual que el proyecto de conclusión 1 relativo a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[228], convendría incluir una referencia más explícita a la Convención de Viena de 1969 (o, si así se decide, a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986). El proyecto de directriz 1 diría lo siguiente:

«*Proyecto de directriz 1. Ámbito de aplicación*

1. El presente proyecto de directrices trata de la aplicación provisional de los tratados.

2. El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la norma general sobre la aplicación provisional de los tratados.»

6. Esta formulación permitiría situar desde el principio el proyecto de directrices en el contexto del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y proceder a un análisis más exhaustivo del sentido de la norma general en las directrices siguientes.

7. El proyecto de directriz 2, que se refiere a las modalidades de acuerdo para la aplicación provisional de un tratado y recoge lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, podría titularse «Modalidades de acuerdo». Si bien su orientación general parece ser adecuada, tal vez el Comité de Redacción podría mejorar el texto inspirándose en el artículo 25. Al establecer que el acuerdo para la aplicación provisional «podrá derivarse» de los términos del tratado, el proyecto de directriz parece querer decir que tal acuerdo no se ha formulado expresamente. Sería preferible decir que el acuerdo «podrá establecerse en virtud» de los términos del tratado. Del mismo modo, habría que sustituir «o mediante otras formas como» por «en particular mediante», ya que debe haber un acuerdo sobre la aplicación provisional en todos los casos. En lugar de citar únicamente la resolución de una conferencia internacional como otra forma de establecer un acuerdo para la aplicación provisional, sería preferible añadir otros ejemplos, o no citar ninguno en el proyecto de directriz y dar varios en el comentario.

8. En el proyecto de directriz 3, el orador propone sustituir, en la versión inglesa, «*having regard to*» por «*in accordance with*» y aclarar que un tratado solo se aplica provisionalmente hasta que entra en vigor para la parte de que se trate. Suscribe la idea que expresa el proyecto de directriz 4, a saber, que un acuerdo para la aplicación provisional de un tratado es jurídicamente vinculante. Esta posición, que la Comisión adoptó en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966[229], también viene corroborada por los antecedentes de la negociación de la Convención de Viena de 1969, por eminentes juristas como Mark Villiger, según el cual las futuras partes de un tratado que aplican dicho tratado provisionalmente están obligadas por el principio *pacta sunt servanda*, así como por el razonamiento aplicado en casos recientes por tribunales arbitrales constituidos en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. No obstante, al orador no le convence la formulación del proyecto de directriz, en particular la expresión «efectos jurídicos», que no le parece suficientemente clara. Si el Relator Especial quiere insistir en la idea del cumplimiento de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), el proyecto de directriz 4 debería retomar los términos del artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 y decir lo siguiente:

«*Proyecto de directriz 4. Acuerdo jurídicamente vinculante*

Todo acuerdo para la aplicación provisional de un tratado, o parte de él, obliga a las partes en el acuerdo y debe ser cumplido por ellas de buena fe.»

9. El proyecto de directriz 5 prevé dos casos de terminación de la aplicación provisional de un tratado: cuando el tratado entra en vigor, y cuando una parte notifica a las otras partes su intención de no llegar a ser parte en el tratado. En lo que respecta al primer caso, el orador considera que la formulación propuesta se presta a confusión: cuando un tratado multilateral entra en vigor, la aplicación provisional solo termina para los Estados que han ratificado el tratado o se han adherido a él, pero continúa para los que no lo han hecho hasta que el tratado entre en vigor para esos Estados, algo que el texto no dice. En cuanto al segundo caso, en lugar de referirse únicamente al artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969,

[228] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 20.

[229] Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión en su 18º período de sesiones (1966), con comentarios, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 195 y ss.

sería mejor reproducir sus términos expresamente. Del mismo modo, convendría añadir una disposición que diga que esas normas se aplican «a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto», de manera que se indique que cabe supeditar el fin de la aplicación provisional de un tratado a condiciones precisas, como la obligación de notificarlo por escrito con una antelación de seis meses. El orador presentará una propuesta de reformulación al Relator Especial.

10. En relación con el proyecto de directriz 6, el orador propone titularlo «Responsabilidad en caso de incumplimiento» y sustituir la expresión «obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado» por «obligación de aplicar provisionalmente un tratado». Para concluir, suscribe el programa de futuros trabajos propuesto por el Relator Especial y se muestra partidario de remitir todos los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

11. El Sr. MURASE dice, con respecto al capítulo II dedicado a la relación entre la aplicación provisional y las otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, que, si bien las disposiciones de la Convención que se analizan revisten un interés indudable a los efectos del tema, deberían haberse examinado otras disposiciones como las relativas a la interpretación de los tratados, la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, los tratados y los terceros Estados y las reservas. Habría sido más útil incluir en el primer informe el análisis efectuado en ese capítulo. Si bien toma nota con satisfacción de la referencia al caso *Yukos c. la Federación de Rusia*, el orador no está, sin embargo, seguro de poder suscribir el análisis que figura en los párrafos 62 a 70 del informe. El Relator Especial examina este caso a la luz del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que prohíbe invocar el derecho interno para eludir obligaciones internacionales. No obstante, en este caso la cuestión del derecho interno no se abordó desde esa perspectiva. En efecto, el artículo 45, párrafo 1, del Tratado sobre la Carta de la Energía establece lo siguiente: «Los signatarios convienen en aplicar el presente Tratado de manera provisional, a la espera de su entrada en vigor con arreglo al artículo 44, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos». Por consiguiente, la Federación de Rusia estaba en todo su derecho de plantear, a los fines de la interpretación del tratado, la cuestión de la incompatibilidad de la aplicación provisional con su derecho interno. En ningún momento adujo que la disposición pertinente del Tratado sobre la Carta de la Energía no era vinculante para ella por ser contraria a su derecho interno, sino simplemente que la disposición en cuestión no le era aplicable porque no se cumplían las condiciones necesarias para su aplicación. El tribunal concluyó finalmente que la disposición no era incompatible con el derecho interno de la Federación de Rusia y que, por tanto, esta debía aplicar provisionalmente el Tratado. El orador estima, por consiguiente, que, en lo que respecta al derecho interno, los argumentos relativos a la interpretación de los tratados deberían distinguirse de los basados en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

12. En lo que respecta al capítulo III dedicado a la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales, el orador tiene dificultades para comprender su estructura, en particular la razón por la que el memorando de la Secretaría relativo al desarrollo legislativo del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 y la aplicación provisional de los tratados en los que son parte organizaciones internacionales se examinan en dos secciones distintas cuando la Convención de Viena de 1986 trata precisamente de los tratados celebrados entre organizaciones internacionales, por oposición a los tratados celebrados entre Estados, que se examinan en las secciones C y D y se abordan en la Convención de Viena de 1969. Incluso si un tratado se negocia en el marco de una organización internacional o en una conferencia diplomática organizada bajo los auspicios de una organización internacional, son los Estados los que celebran el tratado, no la organización internacional.

13. En cuanto a los proyectos de directriz, el orador lamenta que el Relator Especial no haya desarrollado más el razonamiento que subyace a cada directriz. Si bien el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 en el fondo es idéntico al artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, el orador no está convencido de que sea sensato ocuparse al mismo tiempo de los Estados y las organizaciones internacionales. Si, con todo, se les quiere situar al mismo nivel, habría que añadir al principio del proyecto una directriz sobre el ámbito de aplicación que indique que el proyecto de directrices se aplica *mutatis mutandis* a las organizaciones internacionales y a los Estados.

14. En lo que respecta al proyecto de directriz 2, el orador tiene reservas sobre la pertinencia de la referencia a la «resolución de la conferencia internacional», que en muchos casos no se puede asimilar a un acuerdo para la aplicación provisional. Si bien no desea formular ningún comentario sobre el proyecto de directriz 3, considera que el propósito y el objeto del proyecto de directriz 4 no están claros y que debería aclararse la expresión «efectos jurídicos». Una de las cuestiones que se plantearon en el caso *Yukos c. la Federación de Rusia* fue si la obligación de aplicación provisional se refería a todo el tratado o únicamente a algunas de sus disposiciones. El tribunal rechazó la teoría de la aplicación parcial invocada por la Federación de Rusia, por entender que este enfoque «a la carta» podía ser contrario al espíritu del derecho internacional. Evidentemente, se trata de una cuestión que es preciso examinar caso por caso en función de los términos de la disposición relativa a la aplicación provisional, pero una directriz sobre la cuestión podría ser útil cuando la disposición en cuestión fuera ambigua. La aplicación provisional de un tratado puede seguir produciendo efectos después de haber terminado. Ello también depende de lo que prevea el tratado: así, el Tratado sobre la Carta de la Energía sigue surtiendo efecto durante un período de 20 años desde la fecha en que termina su aplicación provisional, de manera que los inversores de Yukos estarán protegidos hasta 2029.

15. Debería haber una directriz distinta que enuncie el objeto y fin del proyecto de directrices para destacar claramente que el recurso a la aplicación provisional de los tratados debe limitarse a circunstancias excepcionales bien definidas, a saber, para hacer frente a situaciones de emergencia, fomentar la confianza entre los Estados signatarios sobre determinadas cuestiones delicadas o llenar las lagunas jurídicas que queden por la aplicación de

regímenes convencionales sucesivos (como después de la expiración del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto)).

16. También sería muy útil contar con una directriz dedicada a las modalidades de expresión del acuerdo relativo a la aplicación provisional de los tratados. En su segundo informe, el Relator Especial indicaba que la voluntad de aplicar un tratado provisionalmente podía expresarse de manera explícita o implícita[230]. El caso *Yukos c. la Federación de Rusia* es muy ilustrativo a este respecto habida cuenta de que, cuando firmó el Tratado sobre la Carta de la Energía, la Federación de Rusia no hizo la declaración prevista en el artículo 45, párrafo 2, del Tratado para indicar que no aceptaba la aplicación provisional. Ello plantea la cuestión de si un signatario debe rechazar expresamente la aplicación provisional de un tratado para poder eludir la aplicación provisional de ese tratado. Podría ser útil añadir una directriz a ese respecto. El Relator Especial ofrece explicaciones interesantes sobre la práctica convencional de la CEDEAO y el orador espera con interés el análisis de la práctica de las organizaciones regionales que se va a hacer en el próximo informe. Dado que no desea formular ningún comentario sobre los proyectos de directriz 5 y 6, recomienda que se remita todo el proyecto de directrices al Comité de Redacción.

17. El Sr. TLADI, observando que, en el capítulo I, el Relator Especial prosigue su análisis del derecho interno y del lugar que ocupa la aplicación provisional en las diferentes legislaciones nacionales, dice que, al igual que a otros miembros de la Comisión, le ha sorprendido en cierto modo el proyecto de directriz 1, habida cuenta del contenido del tercer informe y del texto del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. En efecto, el Relator Especial parece indicar en su informe que la aplicación provisional de los tratados no está sujeta al derecho interno de los Estados que la aceptan. Por ejemplo, en los párrafos 60 y 70 del informe dice que el cumplimiento por las partes de los tratados aplicados provisionalmente «no puede estar sujeto o condicionado de alguna forma al derecho interno de estas», y que «el derecho interno no puede ser invocado como justificación para el incumplimiento de las obligaciones que derivan de la aplicación provisional». Sin embargo, de conformidad con el proyecto de directriz 1, la aplicación provisional de un tratado solo es posible si el derecho interno del Estado o las reglas de la organización internacional en cuestión no lo prohíben. Tal vez el Relator Especial percibe aquí un matiz particular pero, si es así, no lo ha explicado. Además, el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 no parece someter la aplicación provisional a las disposiciones del derecho interno. Cuando el propio tratado contiene disposiciones en ese sentido, huelga decir que su aplicación provisional está sujeta al derecho y los procedimientos internos, pero, desde luego, esa no es la norma.

18. Dejando a un lado la antinomia entre el contenido del informe y el proyecto de directriz, el orador comparte la opinión de los miembros de la Comisión que, en anteriores períodos de sesiones, consideraron que el derecho interno no se puede simplemente ignorar. Dicho de otro modo, la aplicación provisional no debería alentar a los Estados a eludir las disposiciones de su legislación y, con ello, contravenir su sistema constitucional. Sería, por tanto, útil examinar las diferentes legislaciones y prácticas nacionales relativas a los procedimientos que se deben seguir para aceptar la aplicación provisional de un tratado a fin de comprender mejor la concepción que tienen los Estados de la naturaleza de la aplicación provisional como acto jurídico, así como la práctica de los Estados al respecto desde el punto de vista del derecho internacional. Por ejemplo, sería interesante examinar más detenidamente la cuestión de si los Estados consideran que el artículo 25 solo se aplica si así lo prevé la legislación nacional.

19. El Relator Especial indica, en el párrafo 19 de su informe, que ciertos Estados debían seguir para la aplicación provisional el mismo procedimiento que para la adhesión al tratado. No obstante, si la aplicación provisional se estableció precisamente para facilitar y acelerar la aplicación de los tratados antes de su entrada en vigor, ¿por qué, si el procedimiento es el mismo, elegiría un Estado la aplicación provisional en lugar de la adhesión? ¿No pierde la primera todo interés en esas circunstancias?

20. Hay otras cuestiones generales que también merecen ser objeto de un examen más detenido. En particular, convendría saber si el Relator Especial ha identificado tendencias sobre el tipo de tratados y, más concretamente, las disposiciones que por lo general se aplican provisionalmente, y si su examen de la práctica de los Estados le ha permitido determinar si los Estados son más susceptibles de aplicar provisionalmente las normas sustantivas, las normas institucionales o las normas de procedimiento. El orador también desea que el Relator Especial trate de determinar si ciertos tipos de tratados contienen por lo general disposiciones parecidas sobre aplicación provisional, y qué Estados se benefician de la aplicación provisional de un tratado por otro Estado. ¿Se benefician todos los Estados, o solo los que también han aceptado aplicar provisionalmente el tratado, los que han firmado el tratado aunque no han aceptado aplicarlo provisionalmente, o los que han participado en la negociación del tratado? Se trata de una cuestión especialmente importante que convendría examinar en mayor profundidad a la luz de la práctica de los Estados y de la doctrina.

21. Como se desprende del capítulo II del tercer informe, la relación entre la aplicación provisional y las otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 depende en gran medida de su fundamento jurídico, ya sea el propio tratado u otro acuerdo, celebrado por los Estados interesados. Por ejemplo, como ha demostrado el Relator Especial, un tratado puede establecer que su aplicación provisional se haga automáticamente efectiva en el momento de la firma, o que dependa de las disposiciones previstas por el derecho interno de cada Estado. No obstante, el Relator Especial no distingue claramente entre la aplicación provisional y la entrada en vigor, cuando no hay duda de que existe una diferencia entre sus efectos jurídicos, aunque solo sea porque la aplicación provisional no implica la aplicación de todas las disposiciones del tratado. La Comisión está, sin duda, convencida de que la entrada en vigor de un tratado y su aplicación provisional

[230] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675, pág. 165, párr. 32.

tienen una consecuencia común: en caso de aplicación provisional, el tratado o las disposiciones pertinentes del tratado se aplican como si el tratado hubiera entrado en vigor, es decir, las disposiciones aplicadas provisionalmente tienen carácter vinculante. Pero ello no equivale a decir, como ha hecho el Relator Especial, en el párrafo 57 de su tercer informe, que «las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional de un tratado son las mismas que aquellas que surgirían tras su entrada en vigor». Por ejemplo, la extinción de las obligaciones que impone un tratado no tiene los mismos efectos si el tratado se aplica provisionalmente que si este ha entrado en vigor.

22. A modo de ilustración, el orador recuerda que la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares no podrá realizar inspecciones *in situ* hasta después de la entrada en vigor del Tratado, lo que tiende a demostrar que la aplicación provisional de un tratado no tiene los mismos efectos que su entrada en vigor. Además, el régimen jurídico establecido por la Comisión Preparatoria dimana de los acuerdos celebrados con los diferentes Estados miembros. Dado que algunos de esos acuerdos se han hecho efectivos, mientras que otros solamente han sido firmados, o no lo han sido, y que cada uno de esos acuerdos prevé la creación de un sistema de vigilancia distinto, cada Estado está sometido a un régimen de derechos y obligaciones diferente, lo que probablemente no ocurriría si el Tratado hubiera entrado en vigor.

23. Para el orador, este ejemplo plantea una cuestión fundamental. En efecto, para el tema que se examina, la Comisión partió del principio de que la aplicación provisional creaba obligaciones vinculantes. El orador no se opone a esta idea, quedando entendido que el carácter vinculante depende de la interpretación que se haga de la disposición en la que se base la aplicación provisional. No obstante, no suscribe la idea de que una disposición que autoriza a un Estado a aplicar un tratado hace obligatoria la aplicación de ese tratado por el Estado en cuestión. En el párrafo 118 de su tercer informe, el Relator Especial menciona una enmienda del Protocolo de Kyoto aprobada para el segundo período de compromiso. Se decidió que las partes podían aplicar provisionalmente la enmienda y debían notificar esa aplicación provisional. El orador considera que no se impone a las partes en el Protocolo de Kyoto ninguna obligación de respetar los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones durante el segundo período de compromiso. Como prueba, el 26 de noviembre de 2012, la Unión Europea hizo la siguiente declaración: «Estamos dispuestos a aprobar una enmienda del Protocolo de Kyoto que prevea redefinir, en el anexo B, los objetivos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones fijados para la Unión Europea y sus Estados miembros. Además, ya hemos legislado para traducir nuestros objetivos cuantificados en compromiso jurídicamente vinculante […] Los textos legislativos aprobados a tal efecto ya confieren un carácter vinculante a estos objetivos cuantificados con arreglo al derecho comunitario. La Unión Europea comenzará, desde el inicio del segundo período de compromiso, a aplicar el Protocolo de Kyoto modificado […] con independencia de que las otras partes hayan o no ratificado ya la enmienda. Asimismo, iniciaremos a la mayor brevedad posible nuestros procesos de ratificación. Deseamos que nuestro segundo compromiso pase cuanto antes a ser jurídicamente vinculante»[231].

24. Se puede decir que, en esta declaración, la Unión Europea se compromete a aplicar provisionalmente la enmienda. No obstante, está claro que esta enmienda solo es vinculante en virtud del derecho comunitario. Cabe asimismo señalar que, en esta declaración, la Unión Europea asocia la idea de un segundo compromiso jurídicamente vinculante (sin duda en virtud del derecho internacional) a los procesos de ratificación y no a la aplicación provisional. El orador considera que, en vista de esta posición, parece conveniente mostrar prudencia antes de afirmar categóricamente que la aplicación provisional crea una obligación vinculante.

25. El orador estima además que el Relator Especial debería abordar con mayor detenimiento el carácter «provisional» de la aplicación provisional y, por consiguiente, el hecho de que esta retrasa la entrada en vigor del tratado. El Relator Especial ha indicado en varias ocasiones en sus tres informes[232] que el objeto de la aplicación provisional de un tratado es, entre otras cosas, contribuir en última instancia a su entrada en vigor. No cabe ninguna duda de que, como dispone el artículo 25, el tratado se aplica provisionalmente antes de su entrada en vigor, y esencialmente para facilitarla. No obstante, el Relator Especial menciona, en el párrafo 114 de su tercer informe, acuerdos provisionales que «se extenderán de manera indefinida en el tiempo» y destaca a este respecto el valor de la aplicación provisional más allá de su función puramente preparatoria. También explica en el párrafo 58 que los efectos jurídicos de la aplicación provisional son definitivos y no pueden ser cuestionados en virtud de la naturaleza «provisional» de esta aplicación. Si bien el orador conviene en que un Estado no puede invocar el retraso en la ratificación de un tratado para justificar su vulneración, considera no obstante que habría que analizar con mayor detenimiento la idea de que el carácter excepcional de la aplicación provisional puede convertirse en la norma cuando un tratado no se ha ratificado. Esta cuestión está directamente relacionada con la que el orador mencionó al principio de su intervención, a saber, el conflicto entre los objetivos de la aplicación provisional y el riesgo de contravenir las disposiciones constitucionales.

26. Si bien a veces es inevitable, como en el caso del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, la búsqueda indefinida de la aplicación provisional puede tener efectos indeseables, tanto más cuanto que el artículo 25, párrafo 2, prevé un procedimiento simplificado para poner fin a esta aplicación. Para el orador, la aplicación provisional debe, ante todo, ser un período de preparación de la entrada en vigor del tratado. Los dos protocolos y el memorando de entendimiento relativos al Tratado entre los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre la Reducción

[231] Consejo de la Unión Europea, nota informativa 17892/12, de 19 de diciembre de 2012, anexo, «Opening statement for CMP 8», pág. 4.

[232] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664 (primer informe); *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675 (segundo informe); y *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/687 (tercer informe).

y Limitación de las Armas Estratégicas Ofensivas[233], que fue firmado en 1991y entró en vigor en 1994, son un buen ejemplo de una práctica destinada a garantizar que la aplicación provisional de un instrumento no se prolongue indefinidamente: fijaban la duración de la aplicación provisional en 12 meses, autorizando al mismo tiempo posibles prórrogas por períodos suplementarios en caso necesario. Además, si bien es cierto que la Comisión debe seguir la práctica de los Estados sin tratar de imponer su propia voluntad, podría, no obstante, ser conveniente que examinara la práctica de los Estados para determinar si es habitual que se introduzcan de este modo disposiciones que limiten la duración de la aplicación provisional.

27. En lo que respecta al proyecto de directriz 2, el orador entiende, al igual que el Sr. Murase, que no puede considerarse que una resolución en sí misma sea suficiente a los efectos de fundamentar un acuerdo para la aplicación provisional puesto que, para ello, entre otras cosas es necesario que dicha resolución se haya aprobado por unanimidad.

28. En cuanto al proyecto de directriz 4, el orador desea que el Relator Especial aclare la naturaleza de los «efectos jurídicos» en el texto del proyecto de directriz. Cree comprender que esos efectos dependen del acuerdo en que se base la aplicación provisional pero, como ha dicho el Sr. Murphy, sería conveniente que se aclarara el sentido de la expresión «efectos jurídicos». Con independencia de la formulación por la que se opte finalmente, deberá tenerse en cuenta el contenido del acuerdo para la aplicación provisional. En todo caso, si bien el Relator Especial distingue entre entrada en vigor y aplicación provisional en algunos párrafos del informe, esa distinción es mucho menos clara en otros.

29. Por último, en relación con el proyecto de directriz 5, el orador apoya su formulación, pero considera que el Relator Especial debería examinar más de cerca la cuestión de la terminación de la aplicación provisional, y, en particular, establecer los casos en que está claro que el tratado no entrará en vigor, tratando de determinar si esa situación puede constituir un motivo de terminación de la aplicación provisional. En conclusión, el orador está a favor de que se remitan los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

30. El Sr. PARK recuerda que, en lo que respecta a los efectos jurídicos de la aplicación provisional en relación con los artículos 18 (Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor) y 24 (Entrada en vigor) de la Convención de Viena de 1969, del segundo informe del Relator Especial y de los anteriores debates de la Comisión se desprende que, según la opinión general, la aplicación provisional tiene efectos jurídicos, aunque sean claramente diferentes de los de la entrada en vigor. En su segundo informe, el Relator Especial no aclaró sin embargo el alcance de los efectos jurídicos de la aplicación provisional, sino que indicó simplemente que esos efectos iban más allá de la obligación de no privar al tratado de su objeto y fin, consagrada en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969, sin decir nada sobre su alcance con arreglo al artículo 24.

31. El orador considera que los efectos jurídicos de la aplicación provisional son casi idénticos a los de la entrada en vigor, al menos para los Estados que la aceptan, en la medida en que la aplicación provisional de un tratado siga siendo provisional y solo tenga efectos jurídicos para los Estados que la han aceptado y que únicamente tengan efectos jurídicos las disposiciones del tratado que los Estados hayan aceptado aplicar provisionalmente. Por lo tanto, es preciso examinar sistemáticamente los efectos jurídicos de la aplicación provisional teniendo en cuenta todo el régimen establecido por la Convención de Viena de 1969, razón por la cual habría sido preferible que el Relator Especial incluyera en su tercer informe un análisis completo y metódico de esos diferentes aspectos.

32. Según el orador, no hay ninguna duda de que el principio *pacta sunt servanda* se aplica a los tratados aplicados provisionalmente en la medida en que la aplicación provisional también tiene efectos jurídicos. Y, como dijo en el anterior período de sesiones, si un Estado pone fin unilateralmente a la aplicación provisional, se puede invocar ese principio para limitar la confusión que crearía tal situación en el plano jurídico.

33. Dado que el Relator Especial ha indicado que examinará los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional en su próximo informe, el orador considera que en ese informe también debería examinarse en mayor profundidad la relación entre la terminación de la aplicación provisional y el principio *pacta sunt servanda*.

34. El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 también puede aplicarse a la aplicación provisional de un tratado, en el entendimiento de que las disposiciones aplicables del derecho interno de cada Estado inciden considerablemente en el recurso a la aplicación provisional. La aplicación provisional de un tratado se basa en el derecho interno, en particular en la Constitución, y es fácil ponerle fin si contraviene sus disposiciones. En otras palabras, el derecho interno juega un importante papel en el ejercicio y el respeto de la aplicación provisional de los tratados.

35. Observando que el Sr. Forteau señaló acertadamente que existía en cierto modo una incoherencia entre los párrafos 10 y 25 del informe y que los Sres. Murphy y Tladi también han mencionado la cuestión del derecho interno, el orador dice que es consciente de las divergencias de opinión existentes tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión. Como ya señaló en el anterior período de sesiones, conviene al menos estudiar de cerca la relación entre la aplicación provisional de los tratados y las disposiciones aplicables del derecho interno. A este respecto, propone al Relator Especial que aborde en su cuarto informe la cuestión de si las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a la nulidad de los tratados, en particular el artículo 46 (Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados), pueden aplicarse a la aplicación provisional de los tratados.

36. En el tercer capítulo del informe que se examina, el Relator Especial analiza la aplicación provisional, por las organizaciones internacionales, de tres tipos de tratados. Si bien los tres tipos de tratados son aplicados por

[233] Firmado en Moscú el 31 de julio de 1991, documento CD/1192.

organizaciones internacionales, la aplicación de los dos primeros (tratados en virtud de los cuales se crean organizaciones internacionales o regímenes internacionales y tratados negociados en el ámbito de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas organizadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales) se rige por el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la del tercero lo hace por el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986. El Relator Especial también hace esta distinción en el párrafo 74 de su informe, pero el orador desea saber si el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 ha pasado a ser una disposición de derecho internacional consuetudinario al igual que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. La estructura de ambos artículos es casi idéntica: la Secretaría indicó en su informe que, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, el proyecto de artículo 25 se remitió directamente al Comité de Redacción, sin entrar a examinar el fondo en sesión plenaria, y se aprobó sin votación[234]. Si bien el Relator Especial afirma que las normas de derecho enunciadas en la Convención de Viena de 1986 reflejan las «normas de derecho internacional consuetudinario», el orador estima que habría que mostrar más prudencia en este caso, ya que la práctica relativa a la aplicación del artículo 25 de esta Convención es insuficiente. Por lo tanto, el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y el de la Convención de Viena de 1986 no deben estar al mismo nivel en las directrices.

37. En lo que respecta a los proyectos de directriz, el orador desea que su título corresponda a la fase de aplicación provisional a la que se refieran; por ejemplo, introducción, acuerdo sobre la aplicación provisional, efectos jurídicos de la aplicación provisional y terminación de la aplicación provisional. No obstante, primero habría que elaborar un proyecto de directriz que explique la noción de aplicación provisional de los tratados, que aparece en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Luego, los seis proyectos de directriz presentados por el Relator Especial se ocupan en conjunto de las cuestiones relativas a la aplicación provisional por los Estados y las organizaciones internacionales. Ahora bien, como ha indicado el orador, las normas aplicables a los Estados en lo que respecta a la aplicación provisional se consideran disposiciones de derecho internacional consuetudinario, mientras que las aplicables a las organizaciones internacionales no tienen la misma naturaleza jurídica. Dado que no se deben colocar en el mismo plano normas de distinta naturaleza, el orador propone que los proyectos de directriz relativos a los Estados se reagrupen en una primera parte y los relativos a las organizaciones internacionales en una segunda, o que se mencione, tras los proyectos de directriz relativos a los Estados, que estos se aplican *mutatis mutandis* a las organizaciones internacionales. Por último, propone añadir un nuevo proyecto de directriz que indique la orientación general y el objeto del tema abordado, que podría decir lo siguiente: «El contenido y el alcance de la aplicación provisional de un tratado dependerán de la intención de las partes y de la manera en que dicha aplicación se haya previsto».

[234] *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/676, párrs. 37 y 40.

38. En cuanto al proyecto de directriz 2, el orador desea volver a plantear la cuestión de si los Estados pueden aplicar el artículo 25, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969 cuando el texto del tratado no prevé su aplicación provisional, es decir, si, en tal caso, se puede autorizar la aplicación provisional en virtud de actos unilaterales o acuerdos. El Relator Especial afirma, en el párrafo 5 de su informe, que esta cuestión ya se aclaró en el segundo informe y que no tiene la intención de volver sobre ella por el momento. Cabe suponer que el proyecto de directriz 2 refleja su posición al respecto cuando dice que el acuerdo para la aplicación provisional «podrá derivarse de los términos del tratado». No obstante, convendría prever también una solución para los casos en que las partes en cuestión discrepan sobre los términos del tratado, y considerar la posibilidad de que las futuras partes en un tratado acepten su aplicación provisional por un tercer Estado, incluso cuando dicho tratado no prevea expresamente la posibilidad de su aplicación provisional.

39. En relación con el proyecto de directriz 3, debería dividirse en dos proyectos de directriz que se refieran, respectivamente, a las modalidades de consentimiento de la aplicación provisional y a su inicio, dado que se trata de dos aspectos esenciales del régimen de la aplicación provisional de los tratados.

40. El proyecto de directriz 4 parece basarse en el postulado según el cual la aplicación provisional de un tratado, si bien es jurídicamente distinta de su entrada en vigor, produce efectos jurídicos y puede crear obligaciones jurídicas idénticas a las que se derivarían del tratado si este hubiera entrado en vigor para el Estado de que se trate. No obstante, habría que indicar claramente el límite de esos efectos jurídicos, a saber, que la aplicación provisional no puede implicar la modificación del contenido del tratado. Así pues, el orador propone que se modifique el texto del proyecto de directriz 4 para que diga: «La aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos tanto a nivel internacional como a nivel interno. No obstante, no puede implicar la modificación del contenido del tratado».

41. En lo que respecta al proyecto de directriz 5, se debería añadir una frase que indique que un acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado puede crear no solo obligaciones, sino también derechos.

42. El proyecto de directriz 6 parece reflejar la posición inicial del Relator Especial y el resultado de los debates mantenidos por la Comisión en su anterior período de sesiones, en los que se señaló que el incumplimiento de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado constituía en principio un hecho internacionalmente ilícito, por lo que determinaba la aplicación del régimen de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Ahora bien, en su versión actual, el proyecto de directriz propuesto parece omitir la etapa intermedia del razonamiento, y tal vez convendría proceder en dos etapas: la primera se referiría a si el hecho de poner fin a la aplicación provisional de un tratado, o suspenderla unilateralmente, es ilícito o no y se basaría en el régimen previsto en la parte V de la Convención de Viena de 1969, y la segunda trataría la cuestión de si dicho acto constituye el incumplimiento de una

obligación, en cuyo caso podría aplicarse el régimen de la responsabilidad de los Estados. El orador considera además que la aplicación provisional de los tratados y la responsabilidad de los Estados son cuestiones jurídicas distintas, ya que, como afirmó la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, «esas dos ramas del derecho internacional tienen ciertamente un alcance distinto. De conformidad con el derecho de los tratados, debe resolverse si una convención está o no está en vigor y si ha sido o no ha sido debidamente suspendida o denunciada. Por otra parte, la evaluación de en qué medida la suspensión o denuncia de una convención, considerada incompatible con el derecho de los tratados, afecta a la responsabilidad del Estado que procedió a suspenderla o denunciarla debe hacerse con arreglo al derecho de la responsabilidad de los Estados» (párrafo 47 del fallo). El orador propone, por tanto, modificar como sigue el proyecto de directriz 6 para reflejar las dos etapas del razonamiento:

> «1. El artículo 60 (Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es aplicable *mutatis mutandis* a la aplicación provisional de los tratados.
>
> 2. La violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, podrá generar la responsabilidad internacional del Estado.»

43. Por último, en lo que respecta a los trabajos futuros, el orador, observando que el Relator Especial se ha propuesto estudiar los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional de los tratados que otorgan «derechos individuales», desea saber a qué se refiere exactamente esa expresión. Destaca que la decisión de la Comisión de examinar el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 se debe, entre otras cosas, a la falta de claridad en cuanto al momento en que termina la aplicación provisional de los tratados y a las modalidades de dicha terminación. Además, la suspensión o terminación imprevista de la aplicación provisional de un tratado puede provocar un perjuicio a los Estados de que se trate. Por ello, sería más útil que el Relator Especial analizara, en términos generales, las modalidades de terminación de la aplicación provisional de los tratados.

44. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ felicita al Relator Especial por su tercer informe, que ofrece interesantes elementos para el debate de la Comisión y ha tenido en cuenta tanto los comentarios formulados por los Estados como diversos ejemplos de la práctica. Destaca la importancia de los proyectos de directriz propuestos, que permitirán a la Comisión avanzar en sus trabajos en el seno del Comité de Redacción. También agradece a la Secretaría el estudio que ha elaborado en relación con la génesis del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, que completa de manera útil el estudio presentado en 2013[235].

45. La oradora comienza destacando el gran interés que reviste el capítulo II del informe, ya que el análisis comparativo que contiene permitirá a la Comisión identificar los límites de la aplicación provisional, diferenciándola de otras categorías propias del derecho de los tratados como, por ejemplo, la entrada en vigor, evitando así confusiones no deseadas. Este análisis permitirá igualmente delimitar con mayor precisión el alcance y los efectos de la aplicación provisional, identificando en qué medida determinadas disposiciones de alcance general contenidas en la Convención de Viena de 1986 son aplicables también a los tratados que se encuentran en aplicación provisional. La oradora comparte los planteamientos contenidos en los apartados A, B, C, D y E de este capítulo, en especial por lo que se refiere a la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado, así como la plena eficacia del principio *pacta sunt servanda* y la irrelevancia del derecho interno como causa justificativa del incumplimiento de las obligaciones dimanantes de un tratado aplicado provisionalmente o la reducción de sus efectos. A este respecto, no puede compartir la afirmación formulada por el Sr. Forteau en relación con el carácter no definitivo de las obligaciones que se derivan de un tratado que se está aplicando provisionalmente y coincide con el Relator Especial y otros miembros de la Comisión en que los efectos de un tratado que se está aplicando provisionalmente son los mismos que los derivados de un tratado en vigor, también por lo que se refiere a los efectos que dicho tratado producirá hacia el futuro. Si la aplicación provisional es el resultado de la expresión de la voluntad del Estado (aunque sea provisional), este no podrá escudarse posteriormente en que el tratado se está aplicando provisionalmente para sostener que no puede aceptar la validez de los efectos ya producidos por dicho tratado (aunque se esté aplicando provisionalmente). Dicha interpretación equivaldría a una suerte de «consentimiento condicional» que no es compatible con el concepto mismo de la aplicación provisional.

46. Aunque la oradora suscribe el planteamiento general seguido en el capítulo II, desea llamar la atención de la Comisión sobre el hecho de que este capítulo contiene algunos elementos que pueden ser discutibles o que precisan de un mayor desarrollo. Así, por ejemplo, la práctica referida en el párrafo 41 del informe en relación con el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 guarda, a su juicio, poca relación con la aplicación provisional. De la misma manera, la afirmación contenida en el párrafo 44 del informe de que todas las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado también son válidas para acordar la aplicación provisional merecería una mayor explicación. Asimismo, también precisa de una mayor clarificación la afirmación contenida en el párrafo 67, que parece distinguir entre la entrada en vigor de un tratado desde la perspectiva del derecho interno y la entrada en vigor desde la perspectiva del derecho internacional, ya que dicha afirmación se compagina mal con la naturaleza internacional del tratado cuya vigencia y validez dependen exclusivamente de normas de derecho internacional. En tal sentido, quizás sería útil establecer una distinción entre la entrada en vigor y la producción de efectos a nivel interno de un determinado tratado internacional. Por su parte, la afirmación contenida en el párrafo 66 del informe, conforme a la cual los Estados cuentan con absoluta libertad para negociar los términos de un tratado, y, por ende, para aplicarlo provisionalmente,

[235] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/658.

debería ser objeto de matización. En efecto, la libertad absoluta a que hace referencia el Relator Especial puede entenderse desde la perspectiva del derecho internacional, pero no desde la perspectiva del derecho interno, en el que los Estados ven limitada su discrecionalidad por las normas que determinan la competencia y el procedimiento para celebrar un tratado. Aunque es cierto que ello dependerá exclusivamente de cada derecho interno, que no es posible examinar en detalle, no es menos cierto que dichas limitaciones internas pueden tener consecuencias en el plano jurídico internacional, en la medida en que el incumplimiento de normas internas esenciales referidas a dicha competencia y dicho procedimiento podría ser causa de nulidad del tratado que se acuerda aplicar provisionalmente. Por otra parte, la oradora estima que la decisión del Relator Especial de abordar en su tercer informe solo algunos aspectos de la relación entre la aplicación provisional y las otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 es perfectamente legítima, ya que este ha anunciado su intención de proseguir su análisis en el próximo informe, que la oradora espera con sumo interés.

47. Por último, la oradora desea reafirmar que, como ha dicho en anteriores períodos de sesiones, la legislación nacional sobre la aplicación provisional de los tratados necesita de un mayor debate. Aunque el Relator Especial y otros miembros de la Comisión tienen razón al afirmar que el tema ha de ser abordado desde la perspectiva del derecho internacional y no desde la perspectiva del derecho estatal, la oradora no puede compartir la decisión de no realizar un estudio de las normas internas que regulan esta cuestión. Si bien dicho estudio no podrá ser exhaustivo y tendrá necesariamente un carácter instrumental, no puede negarse que ofrecería elementos de interés para determinar cómo perciben los Estados la institución de la aplicación provisional dentro del sistema general del derecho de los tratados. La importancia de este análisis viene, además, refrendada por el tercer informe del Relator Especial, que contiene interesantes referencias a la práctica de los Estados, entre las que cabe citar normas internas, algunas tan recientes como la aprobada en España en noviembre de 2014. En relación con la misma, conforme a la clasificación realizada por el Relator Especial en el párrafo 25, España debería ser incluida en los apartados *a* y *d* de dicha clasificación, además de en el apartado *e*, en que es mencionada por el Relator Especial.

48. En cuanto al capítulo III, la oradora agradece muy especialmente al Relator Especial que haya estudiado cómo opera la aplicación provisional en relación con tratados que guardan una relación con las organizaciones internacionales a través de cualquiera de las formas en que ello es posible. Como ya tuvo ocasión de señalar con anterioridad, la aplicación provisional adquiere un significado especial respecto de esta categoría de tratados, en buena medida como consecuencia de la propia finalidad perseguida por los mismos, que han de producir efectos de modo inmediato, y como consecuencia de su complejidad, derivada en muchas ocasiones de la necesidad de contar con la participación —simultánea o no— de los Estados miembros de la organización y de la propia organización internacional. La especificidad del ordenamiento propio de las organizaciones internacionales y su incidencia en la aplicación de los tratados merecería un mayor desarrollo, en especial desde dos perspectivas complementarias. En primer lugar, mediante el análisis de las «normas pertinentes» de las organizaciones internacionales a las que se refiere el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986, y, en segundo lugar, desde la perspectiva de una clasificación de los tratados celebrados en el ámbito de las organizaciones internacionales o bajo sus auspicios a los que el Relator Especial se refiere de forma conjunta en su informe. Ambos temas han sido ya objeto de tratamiento por la Comisión en trabajos anteriores y no tendría mayor interés analizarlos si no fuera porque de los mismos pueden derivarse elementos de interés para el tema que se examina. Así, en relación con la primera de las cuestiones, resultaría interesante saber si las organizaciones internacionales han considerado la aplicación provisional como una institución útil y si, en consecuencia, han decidido incorporarla en su sistema normativo. En este sentido, cabe mencionar el ejemplo de la Unión Europea, que tanto en el artículo 37 del Tratado de la Unión Europea como en el artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere explícitamente a la competencia de la Unión para celebrar tratados internacionales, y que contempla expresamente la posibilidad de acordar la aplicación provisional de un tratado celebrado por la Unión. Además, el análisis de la práctica de la Unión Europea al respecto sería de interés para el tema que se examina, ya que la mención explícita de la posibilidad de acordar la aplicación provisional es fruto de diversas dificultades que se han producido en la práctica debido a la complejidad que requería la prestación del consentimiento en relación con ciertas categorías de tratados y que se puso especialmente de manifiesto en el caso del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos. El anexo del informe recoge la práctica de la Unión Europea (antes Comunidad Europea) en relación con acuerdos de naturaleza eminentemente institucional. Quizás sería útil analizar igualmente la práctica de la Unión Europea acerca de acuerdos bilaterales celebrados con Estados, que carecen de esta dimensión institucional, como los de puerto seguro o asistencia y cooperación jurídica internacional. En relación con la segunda de las cuestiones, a saber, el establecimiento de una tipología de los tratados, quizás resulte igualmente interesante explorar la práctica relativa a la forma en que los órganos supremos de una organización internacional —en palabras del Relator Especial— pueden acordar por sí mismos la aplicación provisional del tratado. El análisis de esta cuestión permitiría poner de manifiesto las diferencias entre los tratados celebrados en el marco de una organización internacional, o bajo los auspicios de una organización internacional o en el ámbito de una conferencia internacional de codificación. En efecto, estas diferencias en lo que respecta a la aplicación provisional no son tan evidentes como en el caso de la interpretación de los tratados o de otras disposiciones generales de la Convención de Viena. A este respecto, en el párrafo 116 del informe se hace referencia, entre otros ejemplos, al Comité de Ministros del Consejo de Europa en apoyo del argumento de que algunos precedentes demuestran que el órgano supremo de una organización ha tomado la decisión de aplicar provisionalmente enmiendas sin contar para ello con una disposición

expresa en el instrumento constitutivo correspondiente. No obstante, parece difícil realizar una afirmación tan radical, ya que la práctica del Consejo de Europa no es uniforme, estable y homogénea. Así, el Comité de Ministros no pudo acordar la aplicación provisional del Protocolo núm. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se Modifica el Sistema de Control Establecido por el Convenio, pese a haber sido elaborado en el ámbito de la organización y adoptado por dicho órgano, siendo necesario convocar una Conferencia de las Partes para tomar tal decisión. Sin duda, el estudio contenido en el capítulo III del tercer informe es sumamente interesante y quizás el Relator Especial pueda considerar ampliarlo en un futuro informe para perfilar algunos de los elementos analizados o para incluir un estudio más detallado de algunas categorías de tratados que pueden guardar una especial relación con la aplicación provisional, como, por ejemplo, los acuerdos de sede que con gran frecuencia se celebran entre un Estado y una organización internacional para la celebración de conferencias u otros acontecimientos puntuales que, por su propia naturaleza, precisan de una inmediata aplicación del acuerdo.

49. Por lo que respecta a los proyectos de directriz, si bien la oradora suscribe en líneas generales su contenido, considera, al igual que otros miembros de la Comisión, que están redactados en términos muy generales, lo que tiene sus ventajas, pero recuerda también algunas precisiones que sin duda el Relator Especial podría aportar sobre la base de los informes ya presentados. Convendría que el Relator Especial indicara si ha concebido estos proyectos de directriz como propuestas iniciales que tiene la intención de desarrollar ulteriormente y, de ser así, si va a establecer la distinción propuesta por el Sr. Murase entre las directrices que se aplicarían a los tratados celebrados únicamente entre Estados y las que se aplicarían a los tratados en los que son parte organizaciones internacionales. En conclusión, la oradora está a favor de que se remitan los proyectos de directriz al Comité de Redacción.

50. El Sr. ŠTURMA dice que, como indicó en el debate preliminar y en sus observaciones sobre el primer informe del Relator Especial, considera que el tema de la aplicación provisional de los tratados es muy importante desde el punto de vista de la teoría y la práctica del derecho internacional. Por ello, la Comisión debe elaborar un conjunto de directrices útiles para la práctica. En el informe que se examina, el Relator Especial parece ir en la buena dirección. El anexo de este informe, sobre las disposiciones relativas a la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales, es particularmente útil y parece demostrar la complejidad del tema. Cabe, no obstante, lamentar que un material tan abundante no se haya aprovechado para realizar un análisis más en profundidad y formular directrices suplementarias.

51. En términos generales, el orador suscribe el enfoque adoptado por el Relator Especial. En primer lugar, la aplicación provisional de los tratados tiene efectos jurídicos y puede crear derechos y obligaciones de derecho internacional. No obstante, el análisis puede y debe ir más allá de la breve afirmación que constituye el proyecto de directriz 4. Es importante que las directrices aclaren los aspectos complejos de la interpretación del artículo 25 de la Convención de Viena. Habida cuenta de que las disposiciones relativas a la aplicación provisional de los diferentes tratados se han formulado de manera muy diversa, como también lo demuestra el anexo del informe que se examina, la aplicación provisional puede tener efectos jurídicos diversos.

52. En segundo lugar, la Comisión no debe preocuparse del derecho interno y, por tanto, el análisis de la aplicación provisional de los tratados debe centrarse en sus efectos jurídicos a nivel internacional. Ahora bien, parece haber a ese respecto una contradicción en el informe: por una parte, el Relator Especial afirma en el párrafo 10 que dejará de lado el derecho interno y, por otra, después de haber indicado en el párrafo 17 que la Comisión solo ha recibido observaciones de 15 Estados (entre ellos la República Checa) sobre su práctica interna, manifiesta en el párrafo 136 su intención de recabar más información sobre la práctica de los Estados antes de presentar sus conclusiones. A juicio del orador, si bien, en efecto, puede resultar útil disponer de más información sobre la práctica de los Estados, es aún más importante, como también lo han dicho el Sr. Murase y la Sra. Escobar Hernández, establecer, según proceda, la posible incidencia del derecho y la práctica internos de los Estados en la aplicación provisional de los tratados en derecho internacional.

53. El orador simplemente suscribe el análisis del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 que figura en el informe, aunque solo se trate de un punto de partida, ya que la situación puede ser más compleja, en particular cuando la disposición relativa a la aplicación provisional de un tratado determinado remite a procedimientos constitucionales o a leyes y reglamentos internos, como, por ejemplo, en el caso del artículo 56 del Convenio Internacional del Cacao de 2010.

54. A la vista de los ejemplos de disposiciones pertinentes que figuran en el anexo del informe, cabe considerar que la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno puede revestir dos formas diferentes. En primer lugar, las disposiciones en cuestión («de conformidad con sus procedimientos constitucionales») pueden referirse únicamente al procedimiento o las condiciones para la expresión por un Estado de su consentimiento a aplicar provisionalmente el tratado. Si bien el Relator Especial tiene razón al señalar, en los párrafos 61, 68 y 69, que cada Estado puede decidir si permite la aplicación provisional y que en ocasiones los Estados no hacen uso de ella debido a la necesidad de una autorización parlamentaria, puede surgir una controversia en derecho internacional. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando un Estado ha expresado su consentimiento a la aplicación provisional en contravención de sus procedimientos constitucionales. A este respecto, el análisis del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 es fundamental. En particular, es preciso determinar si se debe considerar que todo Estado que actúa de buena fe conoce las disposiciones y la práctica constitucionales que limitan la capacidad de un Estado para aplicar provisionalmente un tratado, o si el Estado en cuestión debe notificar a los otros Estados las limitaciones a que está sujeto en lo que respecta a la aplicación provisional de un determinado tratado.

55. La segunda cuestión se refiere a la situación en que las disposiciones pertinentes de un tratado remiten no

solo al procedimiento sino también a las leyes y reglamentos internos, es decir al derecho sustantivo. Por ejemplo, el artículo 60, párrafo 2, del Convenio Internacional del Caucho Natural de 1994 dispone que «todo gobierno podrá indicar en su notificación de aplicación provisional que solo aplicará el presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos y sus leyes y reglamentos internos». Si se atribuye pleno sentido a esta formulación, debe considerarse que un Estado puede remitirse no solo a los procedimientos constitucionales relativos a la expresión de su consentimiento a la aplicación provisional, sino también al contenido de sus leyes y reglamentos. No obstante, esta tesis plantea cuestiones conexas sobre el efecto jurídico de esas notificaciones, en particular si, y en qué medida, pueden tener algunos de los efectos de las reservas o, al menos, de las declaraciones interpretativas.

56. Además, otros artículos de la Convención de Viena de 1969 también pueden ser pertinentes, en particular el artículo 60, ya que la violación grave del tratado aplicado provisionalmente puede llevar al Estado afectado a suspender la aplicación del acuerdo relativo a la aplicación provisional o a ponerle fin.

57. En cuanto a los proyectos de directriz propiamente dichos, la mayoría de ellos se derivan del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y, por ello, son generalmente aceptables. El proyecto de directriz 1 reproduce en parte el texto del artículo 25, párrafo 1, y añade una condición muy importante: «en la medida en que el derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales no lo prohíban». No obstante, a la luz del análisis anterior, ¿qué ocurre cuando el derecho interno no prohíbe pura y simplemente la aplicación provisional sino que la somete a ciertas condiciones? Esta adición, que se aparta del texto del artículo 25, párrafo 1, probablemente hace necesario un análisis más exhaustivo y debe fundamentarse mejor.

58. El proyecto de directriz 2 es fundamentalmente aceptable, en particular porque su formulación «cualquier otro modo en que hayan convenido los Estados» no es limitativa. De hecho, el acuerdo para la aplicación provisional de un tratado a menudo se derivará de una declaración o notificación de un Estado con respecto a una disposición del tratado.

59. En cuanto al proyecto de directriz 3, el orador recomienda que se añadan las palabras «por un Estado o una organización internacional» después de «La aplicación provisional de un tratado» y las palabras «por ese Estado o esa organización internacional» después de «adhesión o aceptación», dado que, por lo general, la aplicación provisional comienza en distinto momento para los diferentes Estados y organizaciones.

60. El proyecto de directriz 4 no es aceptable en su versión actual, demasiado general y no lo suficientemente clara. Habría que completarlo añadiendo párrafos o directrices. A juicio del orador, la Comisión no debería temer dar directrices más claras o ejemplos de buena práctica para ayudar a los Estados a formular las disposiciones convencionales relativas a la aplicación provisional y a redactar sus notificaciones, en particular en lo que respecta a los procedimientos constitucionales y el derecho interno. Por ejemplo, un proyecto de directriz podría indicar que la aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos comparables a la aplicación de un tratado en vigor, a menos que el acuerdo relativo a la aplicación provisional sea nulo o se haya dado por terminado o que se haya suspendido su aplicación, o a menos que el tratado no disponga claramente que solo se puede aplicar provisionalmente dentro de los límites del derecho interno de los Estados.

61. En cuanto a los proyectos de directriz 5 y 6, lógicamente se derivan del artículo 25 de la Convención de Viena y de las normas relativas a la responsabilidad de los Estados. No obstante, para formular el proyecto de directriz 6 convendría esperar a que se fundamente con un análisis más exhaustivo.

62. En conclusión, el orador recomienda que todos los proyectos de directriz se remitan al Comité de Redacción.

63. El Sr. McRAE dice que, en muchos aspectos, la aplicación provisional de los tratados es un tema clásico para la Comisión, ya que se contempla en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y existe considerable práctica de los Estados a ese respecto. Además, el Relator Especial ha hecho en su tercer informe un útil análisis de la aplicación provisional en el contexto de las organizaciones internacionales sobre la base del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986. ¿Qué se puede concluir de la práctica actual de la aplicación provisional de los tratados? El Relator Especial destaca varias veces la flexibilidad que caracteriza a esta práctica, en particular en el párrafo 43 de su tercer informe, pero no indica expresamente el grado de flexibilidad. Ahora bien, cabe preguntarse si no ha llegado a un punto en que ya no se entiende claramente qué constituye la aplicación provisional. Se pueden citar dos ejemplos de esta aparente confusión sobre el contenido de la aplicación provisional.

64. En primer lugar, en el párrafo 5 de su tercer informe, el Relator Especial remite al análisis de las declaraciones unilaterales de los Estados cuando no hay acuerdo entre las partes para autorizar la aplicación provisional. Indica que, en este caso, «la aplicación provisional solo generaría obligaciones a cargo del Estado que ha formulado tal compromiso unilateral». Ahora bien, si solo queda obligado el Estado que ha formulado el compromiso unilateral, ¿cómo puede hablarse de aplicación provisional del tratado? ¿Cuál es la pertinencia de la expresión «aplicación provisional» en un caso así?

65. La declaración unilateral por la que un Estado se compromete a considerar que las disposiciones de un tratado le son aplicables provisionalmente cuando no hay acuerdo entre las partes en el tratado y la aplicación provisional no se ha autorizado de otro modo no es más que una declaración unilateral cuyo sentido y condición vienen definidos por el derecho relativo a las declaraciones unilaterales, y no se rige por el régimen del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Naturalmente, si las otras partes en el tratado han aceptado explícita o implícitamente la declaración unilateral «de otro modo» en el sentido del artículo 25 de dicha Convención, la situación cambia y se aplica el artículo 25. No obstante, en una situación así sería incorrecto afirmar que solo se crean obligaciones para el Estado que realiza la declaración. Se trata de obligaciones convencionales aplicables a

todas las partes, si bien de manera provisional. Pero si las otras partes en el tratado no han aceptado la declaración unilateral y, por ello, no se aplica el artículo 25, entonces no hay aplicación provisional, sino únicamente una aceptación unilateral de obligaciones. Así, en cada caso de declaración unilateral hay que preguntarse si existe un acuerdo de las partes por el que se autoriza la aplicación provisional, lo que plantea la cuestión de si tal acuerdo puede ser implícito y posterior a la declaración.

66. A este respecto, el Relator Especial menciona en sus informes segundo y tercero la declaración en la que la República Árabe Siria indicó su intención de aplicar provisionalmente la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción. Ahora bien, ninguna disposición de esta Convención autorizaba la aplicación provisional, ni tampoco había un acuerdo de las partes autorizándola. Como ha señalado el Sr. Forteau, ello difícilmente es un ejemplo de aplicación provisional, y aún menos en el sentido del artículo 25. No obstante, como indicó el Relator Especial en su segundo informe, el Consejo Ejecutivo de la OPAQ consideró que la República Árabe Siria aplicaba provisionalmente el tratado a pesar de que ninguna disposición de la Convención lo autorizaba y de que ningún elemento demostraba la existencia de un acuerdo de las partes autorizándolo. ¿Equivalió el silencio de las partes al distribuirse la declaración de la República Árabe Siria a un acuerdo implícito por el que autorizaban la aplicación provisional? ¿O bien el Consejo Ejecutivo estimó que estaba creando cierta nueva forma de aplicación provisional al declarar en su decisión escrita que consideraba que «la presente decisión se adopta[ba] debido al carácter extraordinario de la situación planteada por las armas químicas sirias y que no s[entaba] precedente alguno para el futuro»[236]? A propósito de este incidente, la Sra. Jacobsson calificó la declaración de la República Árabe Siria de «acto unilateral de un Estado» y la actuación del Consejo Ejecutivo de interpretación «creativa» de un tratado. Así pues, o bien calificar la declaración de Siria de «aplicación provisional» es un error, o bien existe una nueva categoría de aplicación provisional basada en la práctica, no contemplada en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. El Relator Especial debe aclarar este extremo para que la Comisión pueda comprender claramente qué se entiende por aplicación provisional.

67. El segundo ejemplo es la referencia que hace el Relator Especial al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), recordando que Anthony Aust lo calificó de «precedente más famoso»[237]. El orador señala a este respecto que ya indicó en la declaración sobre esta cuestión que formuló en sesión plenaria en 2012 que la aplicación provisional del GATT no guardaba relación con el artículo 25. En efecto, el artículo 25 se refiere a la aplicación provisional de un tratado antes de su entrada en vigor. En el caso del GATT, el tratado que debía entrar en vigor era la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio[238] y no el propio GATT. El GATT era un acuerdo autónomo destinado a permitir el funcionamiento del sistema multilateral de comercio hasta la entrada en vigor de otro tratado, el de creación de la OMC. Así pues, la utilización de la expresión «protocolo de aplicación provisional» para referirse al instrumento que dio efecto al GATT obedeció más a la voluntad del Gobierno de los Estados Unidos de evitar la aplicación de las prescripciones de su derecho interno relativas a la ratificación de los tratados que a la noción de aplicación provisional de los tratados en derecho internacional. Es cierto que los Estados Unidos utilizan este mecanismo de los acuerdos ejecutivos para aplicar provisionalmente un tratado evitando solicitar la autorización del Senado, pero el GATT no es un ejemplo de aplicación provisional en el sentido del artículo 25.

68. Así lo comprendió claramente el Secretario General en el informe de 1973 que el Relator Especial menciona en los párrafos 89 y siguientes[239], ya que el GATT no figuraba en la lista de tratados de creación de organizaciones internacionales aplicados provisionalmente, ya sea en virtud del artículo 25 o en virtud del artículo 24, relativo a la entrada en vigor. Lo cierto es que, si se considera que el GATT es un ejemplo de aplicación provisional, se estaría una vez más ampliando la aplicación provisional más allá de lo previsto en el artículo 25. El Relator Especial no afirma hacer tal cosa; declara que existe un «útil abuso» del artículo 25, pero no indica claramente qué constituye un uso de la aplicación provisional y qué un útil abuso. En resumen, convendría que el Relator Especial definiera claramente, tal vez en su próximo informe, qué es aplicación provisional y qué no lo es. No basta decir que existe flexibilidad en la aplicación provisional de los tratados si no se sabe qué es o no es dicha aplicación. Si, como en el ejemplo de la República Árabe Siria, se habla de aplicación provisional con respecto a una situación que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 25, ¿en qué sentido se puede considerar como una aplicación provisional? ¿Existe una categoría de aplicación provisional próxima al artículo 25 pero distinta de este?

69. Mientras no se tenga una idea más clara del contenido de la noción de aplicación provisional, es difícil evaluar los proyectos de directriz propuestos. ¿Se refieren únicamente a la aplicación provisional en el sentido del artículo 25, o van más allá?

70. Al igual que el Sr. Forteau, el orador considera que la conclusión a la que llega el Relator Especial en el párrafo 85 de su tercer informe, donde afirma que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 refleja una norma consuetudinaria de derecho internacional, no se fundamenta en el informe y es además, al menos en el caso del artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, sumamente problemática. ¿Qué quiere decir que el párrafo 1 del artículo 25 de la Convención de Viena

[236] OPAQ, «Decision. Destruction of Syrian chemical weapons», documento EC-M-33/DEC.1, de 27 de septiembre de 2013, párr. 3 *d*. Disponible en el sitio web de la OPAQ, www.opcw.org, *Resources*, *Documents, Executive Council*.

[237] A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pág. 172.

[238] *United Nations Conference on Trade and Employment held at Havana, Cuba, from November 21, 1947, to March 24, 1948 — Final Act and Related Documents* (E/CONF.2/78, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 1948.II.D.4), pág. 5.

[239] Informe del Secretario General sobre ejemplos de precedentes de aplicación provisional, antes de su entrada en vigor, de tratados multilaterales, especialmente aquellos en virtud de los cuales se hayan establecido organizaciones o regímenes internacionales, o ambos (A/AC.138/88).

de 1969 refleja el derecho internacional consuetudinario? Este párrafo solo indica que los Estados pueden convenir en aplicar provisionalmente un tratado, con lo que la aplicación provisional se basa en el principio *pacta sunt servanda*. Es preciso explicar este aspecto.

71. Asimismo, en el proyecto de directriz 1, se deberían suprimir las palabras «en la medida en que el derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales no lo prohíban». Como ha subrayado el Sr. Tladi, el Relator Especial insiste en que no se puede invocar el derecho interno porque se trata de una cuestión de derecho internacional, pero el texto actual de este proyecto de directriz hace pensar que la conformidad con el derecho interno es una condición previa de la aplicación provisional, aunque esa no sea la intención del Relator Especial. Esta es otra cuestión que requiere una aclaración.

72. En cuanto al proyecto de directriz 4, no tiene sentido en su versión actual: afirmar que la aplicación provisional tiene efectos jurídicos no dice nada de los efectos concretos de esta aplicación. Se ha señalado en la presente sesión que este proyecto de directriz indicaría que la aplicación provisional es obligatoria. Pero esto tampoco está claro: ¿significa que el tratado se aplica como si estuviera plenamente en vigor o bien otra cosa? Esto también hay que aclararlo. El Sr. Murphy ha declarado que lo que es jurídicamente vinculante es el acuerdo de las partes para la aplicación provisional, pero decir eso tal vez no sea suficiente, ya que este acuerdo puede limitarse a reconocer a los Estados la facultad de aplicar provisionalmente el tratado, facultad que algunos pueden no ejercer. Así pues, el Relator Especial debe analizar con más detalle las consecuencias jurídicas concretas de la aplicación provisional. Los proyectos de directriz 5 y 6, en particular el primero, comienzan a enunciar esas consecuencias jurídicas, pero en el informe se debería haber establecido su fundamento en derecho.

73. Por último, cabe preguntarse por la conveniencia de remitir los proyectos de directriz al Comité de Redacción. El propio Relator Especial ha indicado que no está seguro de ello. Habida cuenta del gran número de propuestas planteadas durante el debate en sesión plenaria para la modificación de los proyectos, la pelota está en el tejado del Relator Especial: ¿puede incorporar esas propuestas en los proyectos de directriz antes de que se reúna el Comité de Redacción o prefiere esperar al próximo período de sesiones de la Comisión para hacerlo?

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

3271ª SESIÓN

Jueves 16 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

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

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE indica el programa de trabajo propuesto por la Mesa para las semanas tercera y cuarta de la segunda parte del 67º período de sesiones de la Comisión.

2. El Sr. KITTICHAISAREE, apoyado por la Sra. JACOBSSON, Sir Michael WOOD, el Sr. TLADI y el Sr. CANDIOTI, propone que, al asignar el tiempo de reunión, se dé prioridad a las deliberaciones del Comité de Redacción en lugar de a las consultas oficiosas.

3. El PRESIDENTE sugiere que el Comité de Redacción se reúna en cuanto se haya agotado la lista de oradores para un determinado tema y que después se celebren consultas oficiosas, si el tiempo lo permite. Entiende que la Comisión desea aprobar el programa de trabajo propuesto por la Mesa.

Así queda acordado.

4. El Sr. LLEWELLYN (Secretario de la Comisión) anuncia que la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Hassouna, el Sr. Hmoud, la Sra. Jacobsson, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murase, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Saboia, el Sr. Šturma, Sir Michael Wood, el Sr. Tladi (Relator Especial) y el Sr. Forteau (*ex officio*) han expresado su deseo de participar en las consultas oficiosas sobre el *ius cogens*.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado[240] (A/CN.4/678, cap. II, secc. D[241], A/CN.4/686[242], A/CN.4/L.865[243])

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL

5. El PRESIDENTE invita a la Sra. Escobar Hernández, Relatora Especial, a que presente su cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

---

[*] Reanudación de los trabajos de la 3269ª sesión.

[240] En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, con los comentarios correspondientes (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y ss., párrs. 48 y 49). En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 *e* y 5, con los comentarios correspondientes (*Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 155 y ss., párrs. 131 y 132).

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

[242] Reproducido en *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte).

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

6. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que su cuarto informe está dedicado al estudio de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* que quedaban por analizar, a saber, el concepto de «acto realizado a título oficial» (elemento material) y el elemento temporal. Los límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae* se analizarán en su quinto informe.

7. Para la elaboración del informe, la Relatora Especial ha seguido la misma metodología empleada en su tercer informe, basada esencialmente en el análisis de la práctica judicial y convencional, en los trabajos previos de la Comisión y en las respuestas de los Estados a las solicitudes de información formuladas por la Comisión en 2013 y 2014. Si bien ha recibido 22 respuestas escritas, lamentablemente la Relatora Especial no ha podido tener en cuenta las de dos Estados por haberse recibido ya terminado el informe. Sin embargo, los dos comentarios recibidos tardíamente han sido puestos a disposición de los miembros de la Comisión.

8. El informe está dividido en dos capítulos. La sección B del capítulo I, en la que se examina el concepto de «acto realizado a título oficial», constituye el núcleo del informe y concluye con un proyecto de artículo que define esa categoría de actos. El elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* se ha abordado con una menor extensión debido a su carácter incontrovertido. El cuarto informe contiene también un proyecto de artículo sobre el alcance de la inmunidad *ratione materiae*. El informe constituye una unidad con los tres informes anteriores presentados por la Relatora Especial[244] y debe leerse juntamente con ellos y con las decisiones anteriores de la Comisión. La Relatora Especial ha pedido a la Secretaría que publique correcciones en los idiomas distintos del español para rectificar los errores de esas versiones de su informe.

9. En relación con el concepto de «acto realizado a título oficial», dijo que los trabajos previos sobre el tema, incluidos los realizados por el anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin[245], han demostrado que el concepto de «acto realizado a título oficial» tiene un significado especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, por lo que su análisis reviste una importancia crucial para el tema. Aunque en su cuarto informe se menciona la diversidad de términos empleados para referirse a esta categoría de acto, la Relatora Especial ha optado por mantener la expresión anteriormente referida a fin de garantizar la continuidad terminológica respecto de los términos ya acordados por la Comisión.

10. El concepto de «acto realizado a título oficial» cobra su pleno significado por oposición al «acto realizado a título privado», aunque ninguno de los conceptos se ha definido en el derecho internacional contemporáneo. Por consiguiente, a fin de aclarar el significado de «acto realizado a título oficial», primero es necesario analizar la práctica judicial internacional y nacional, la práctica convencional y los trabajos previos de la Comisión que resulten pertinentes para el tema que se examina.

11. Entre las principales conclusiones de ese análisis, que figuran en la sección B del capítulo I, cabe citar que la inmunidad *ratione materiae* se ha invocado ante los tribunales nacionales en relación con un número reducido del tipo de delitos enumerados en el párrafo 50, muchos de los cuales constituyen crímenes según el derecho internacional. También se ha alegado inmunidad respecto de actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o de servicios de seguridad y de actos vinculados a la corrupción y el tráfico de drogas. Varios tratados multilaterales vinculan la comisión de algunos de estos actos con el carácter oficial de sus autores (funcionarios del Estado). En términos generales, los actos «realizados a título oficial» son actos llevados a cabo en representación del Estado y ejerciendo prerrogativas del poder público. En consecuencia, son necesariamente actos susceptibles de ser atribuidos al Estado. Algunos tribunales han excluido de esta lista de actos que se benefician de la inmunidad algunos actos que han sido realizados en conexión con la función pública porque el funcionario del Estado ha actuado *ultra vires*, como, por ejemplo, el asesinato de un opositor político, las violaciones de derechos humanos y la tortura. Otros tribunales han dictaminado lo contrario, a saber, que esos actos no pierden la cobertura de la inmunidad ni siquiera en el caso de que sean claramente contrarios al derecho internacional. Con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a cualquier forma de corrupción, o cuando los actos del funcionario del Estado guardan una estrecha relación con una actividad privada cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario.

12. El concepto de «acto realizado a título oficial» no se corresponde automáticamente con el concepto de acto *iure imperii*, ya que a veces puede trascender los límites de ese acto y referirse también a actos *iure gestionis* realizados por un funcionario del Estado en cumplimiento de su mandato y ejerciendo funciones estatales. Sin embargo, los actos realizados a título oficial y los actos *iure imperii* tienen algunos elementos en común y algunos tribunales nacionales se han referido a los actos *iure imperii* para identificar el núcleo de los actos respecto de los que se aplica la inmunidad de los funcionarios del Estado por constituir una manifestación del ejercicio de prerrogativas del poder público o del ejercicio de la soberanía.

13. El concepto de acto realizado a título oficial no guarda ninguna relación con el carácter lícito o ilícito del acto en cuestión sino que, en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado, ha de considerarse como un acto ilícito que puede dar lugar al ejercicio de la jurisdicción penal. Por último, la identificación de un acto como realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad se realiza siempre caso por caso.

14. A la vista de lo que antecede, es posible concluir que el acto realizado a título oficial al que se refiere la Relatora Especial es de naturaleza penal, es realizado por

[244] *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); y *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe).

[245] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

cuenta del Estado e implica el ejercicio de la soberanía y de atribuciones del poder público.

15. El carácter penal del acto tiene consecuencias sobre la inmunidad. Así, recuerda que la responsabilidad que se deriva de un acto realizado a título oficial es estrictamente individual, y ello con independencia de que sobre la base del mismo acto se pueda imponer a un tercero, esto es, a un Estado, una obligación jurídica distinta, bien sea a título autónomo o a título subsidiario. Dicha obligación se derivaría de la responsabilidad penal principal del individuo, pero nunca puede confundirse con la misma. Por consiguiente, la atribución al Estado del acto de naturaleza penal realizado por sus funcionarios tiene límites notables y no puede entenderse sino como una ficción jurídica anclada en el modelo tradicional de atribución de un acto al Estado a los efectos de la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, el acto delictivo que puede quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no es, en sentido estricto, un acto propio del Estado, sino del individuo que realiza el acto.

16. La primera consecuencia de la naturaleza penal del acto se concreta en la posibilidad de que este genere dos tipos distintos de responsabilidad. El primero, de naturaleza penal, se predicará del autor del acto. El segundo, de naturaleza civil, se puede predicar tanto del autor del acto como respecto de un tercero. Ello se traducirá en la posibilidad de que un mismo acto realizado por un funcionario del Estado pueda dar lugar a una responsabilidad penal, que será atribuible de forma personalísima al funcionario, y a una responsabilidad civil derivada, que puede ser atribuida tanto al funcionario como al Estado. Este modelo de «un acto, dos responsabilidades» ya ha sido reconocido expresamente por la Comisión en varios de sus textos. Sin embargo, la naturaleza penal de los actos respecto de los que se pretende aplicar la inmunidad se traduce en la imposibilidad de aplicar de forma mecánica los criterios de atribución definidos por la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[246]. De hecho, algunos de esos criterios son especialmente inadecuados a los efectos de la inmunidad (en especial, los artículos 7, 8, 9, 10 y 11). Ello resulta especialmente importante respecto de los actos *ultra vires* y los actos realizados por los denominados «funcionarios *de facto*».

17. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible establecer un modelo de atribución de responsabilidad a tres niveles: la responsabilidad exclusiva del Estado en los casos en que no es posible atribuir el acto a su autor material o intelectual; la responsabilidad simultánea del Estado y la persona cuando el acto pueda atribuirse a ambos; y la responsabilidad exclusiva de la persona cuando el acto únicamente sea atribuible a la persona, con independencia de que haya actuado como funcionario del Estado. Esos tres niveles de responsabilidad permiten establecer dos conclusiones que se pueden utilizar para determinar qué tipo de inmunidad es aplicable a cada tipo de actos. El primer supuesto, cuando el acto solo se puede atribuir al Estado y solo el Estado puede ser responsable, es el caso típico de la inmunidad del Estado. El segundo supuesto es cuando el acto se puede atribuir simultáneamente al Estado y al funcionario y ambos pueden ser responsables, por lo que se pueden invocar dos supuestos de inmunidad diferenciables: la del Estado y la del funcionario. En el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, la distinción entre la inmunidad del Estado y la inmunidad del funcionario del Estado alcanza su máximo nivel.

18. Esa clasificación no afecta en modo alguno al carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae*. La calificación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera como una categoría autónoma de inmunidad no puede interpretarse como el reconocimiento de una inmunidad propia y exclusiva de los funcionarios del Estado. Por el contrario, los funcionarios del Estado son los beneficiarios directos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, pero dicha inmunidad se otorga en interés del Estado con el objetivo esencial de proteger su soberanía.

19. La finalidad perseguida por la inmunidad es, por tanto, otro elemento característico del acto realizado a título oficial. Dado que esa finalidad es garantizar el respeto de la igualdad soberana del Estado bajo la forma del aforismo *par in parem non habet imperium*, los actos que queden cubiertos por la inmunidad también han de presentar una conexión con la soberanía. Dicha conexión, que no puede ser meramente formal, se refleja en la exigencia de que el acto realizado a título oficial no solo sea atribuible al Estado y realizado por cuenta del Estado, sino que, además, pueda concluirse que el mismo es una manifestación de la soberanía, constituyendo una forma de ejercicio de atribuciones del poder público en sentido estricto. Dicho requisito refleja, además, la distinta naturaleza de la responsabilidad del Estado y la inmunidad, que impide que todos los criterios y categorías jurídicas definidas a los efectos de la primera se apliquen mecánicamente a la segunda.

20. Aunque determinar la existencia de dicha conexión no es tarea fácil, del análisis de la práctica cabe concluir que puede llevarse a cabo mediante la concreción de dos categorías de actividades: aquellas que, por su naturaleza, se consideran expresiones o contenidos inherentes de la soberanía, como el mantenimiento del orden, la administración de justicia, la actividad legislativa o las relaciones exteriores; y las que se producen en aplicación de políticas y decisiones estatales que implican un ejercicio de la soberanía y que, por tanto, se conectan con ella en términos funcionales. Dichos criterios deberán aplicarse caso por caso a fin de determinar si puede considerarse que un determinado acto se ha realizado en ejercicio de las atribuciones del poder público y, por lo tanto, constituye una expresión de la soberanía.

21. De esta manera es posible proceder a una interpretación estricta del concepto de «acto realizado a título oficial» que sitúe a la inmunidad en el justo lugar que le corresponde, a saber, en el núcleo del derecho internacional contemporáneo como instrumento de protección de la soberanía del Estado, sin que quede ningún margen para un uso indebido de ese instrumento.

[246] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

22. Respecto a los crímenes internacionales, dijo que pertenecen en general a la categoría de «actos realizados a título oficial» en la medida en que, en la mayoría de los casos, no pueden cometerse sin el concurso del Estado y están estrechamente relacionados con el desarrollo de actividades y políticas estatales de las que se puede derivar la correspondiente responsabilidad del Estado. No obstante, la calificación de los crímenes internacionales como actos realizados a título oficial no ha de traducirse en el reconocimiento automático de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de esa categoría de actos. El tratamiento especial de los crímenes internacionales encuentra una mejor ubicación en el marco de las excepciones a la inmunidad, de las que la Relatora Especial se ocupará en su quinto informe.

23. El elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* se analiza en la sección C del capítulo I del informe. El espacio dedicado al mismo es mucho menor dado el amplio consenso existente en la práctica y la doctrina. La Relatora Especial ha analizado el elemento temporal para establecer su naturaleza de condición o de límite, así como cuáles son las fechas críticas para determinar si se ha cumplido la dimensión temporal. La distinción entre el momento de comisión del acto que podría dar lugar a la inmunidad y el momento de alegación de la inmunidad es un elemento característico de la inmunidad *ratione materiae*. En la sección C del capítulo I se examinan algunos de los problemas específicos relacionados con la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores.

24. Los dos proyectos de artículo contenidos en el cuarto informe se refieren, respectivamente, a la definición de acto realizado a título oficial y al alcance de la inmunidad *ratione materiae*. Ambos están estrechamente relacionados, puesto que el alcance material de esta categoría de inmunidad no puede entenderse si no es sobre la base de la definición de acto realizado a título oficial. Sin embargo, cada uno de los proyectos de artículo se sitúa en distintos lugares en razón de su contenido y su funcionalidad. Así, la definición de acto realizado a título oficial debe incluirse en el proyecto de artículo 2 relativo a las definiciones, mientras que el alcance de la inmunidad *ratione materiae* debe ser objeto de un tratamiento autónomo, siguiendo el modelo ya adoptado por la Comisión en relación con la inmunidad *ratione personae*.

25. El proyecto de artículo 2 *f* recoge los elementos característicos del acto realizado a título oficial, a saber, la naturaleza penal del acto, por un lado, y su atribución al Estado y su vinculación con la soberanía, por otro. A ello se añade una referencia a la jurisdicción del Estado del foro, que se considera necesaria para definir el acto con mayor precisión.

26. El proyecto de artículo 6 sigue la misma estructura del proyecto de artículo 4[247], que constituye su paralelo en el caso de la inmunidad *ratione personae*: incluye un párrafo sobre el elemento temporal, seguido de un segundo párrafo sobre el elemento material. La finalidad del tercer párrafo es asegurar que los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores se puedan beneficiar de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos que hayan realizado a título oficial durante su mandato, del mismo modo en que pueden beneficiarse de dicha inmunidad los demás funcionarios del Estado.

27. En lo que se refiere al futuro plan de trabajo, la Relatora Especial dice que su quinto informe se dedicará al tema crucial y altamente controvertido de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

28. El Sr. KITTICHAISAREE pide a la Relatora Especial que se pronuncie sobre la aplicación de la inmunidad a los actos *ultra vires* cometidos por funcionarios del Estado.

29. El Sr. CANDIOTI dice que tiene dudas sobre si la expresión «*acts performed in an official capacity*» en el texto inglés es una traducción exacta de su equivalente en español, «actos realizados a título oficial», que se refiere a los delitos o crímenes cometidos en el ejercicio de atribuciones del poder público. Considera que sería útil que la Comisión estableciera una definición de trabajo de la inmunidad y dice que la expresión «funcionario del Estado» no es especialmente adecuada: coincide con los Estados Miembros en la Sexta Comisión que han señalado que dicha expresión no indica que la persona en cuestión sea miembro de la administración pública.

30. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que ha abordado el tema de los actos *ultra vires* en su cuarto informe, en el que señala que estos actos no son, en principio, «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad. Los actos de terrorismo y los crímenes de derecho internacional no pueden calificarse, necesariamente, como actos *ultra vires* por el simple hecho de que dichas actividades no pueden considerarse como funciones del Estado. No obstante, la relación entre estos crímenes y la inmunidad será analizada en el contexto de su quinto informe, sobre los límites y excepciones a la inmunidad, que es el contexto más apropiado para el tratamiento de los delitos de terrorismo y otros delitos internacionales.

31. La Relatora Especial siempre ha considerado que la expresión «*acts performed in an official capacity*» no es muy afortunada en comparación con su equivalente en español. No obstante, procede del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*. En última instancia, lo más importante no son los términos en sí, sino el sentido que se les atribuye. En su cuarto informe se proporcionaron aclaraciones para establecer una interpretación única de esa expresión, que podrá decidirse en un debate ulterior en el Comité de Redacción. De ser necesario, se podrá volver a examinar la terminología una vez aprobado el texto en primera o segunda lectura sobre la base de las observaciones recibidas de los Estados Miembros.

32. En cuanto a la definición de trabajo del término «inmunidad», la Relatora Especial recordó que en su segundo informe[248] había propuesto un proyecto de

[247] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

[248] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

artículo 3 que incluía definiciones de trabajo de varios términos, entre los cuales estaba la inmunidad. Aunque la Comisión ha decidido ocuparse de dichas definiciones más adelante, está dispuesta a volver a examinar el término en una sesión plenaria o en el Comité de Redacción y acogerá complacida cualquier contribución de los miembros de la Comisión a ese respecto.

33. El término «funcionario del Estado» y sus traducciones han sido objeto de un intenso debate en el pleno de la Comisión y en el Comité de Redacción. A menos que la Comisión decida otra cosa, la Relatora Especial no cree oportuno reabrir el debate. En su cuarto informe hizo referencia al fenómeno de los «funcionarios *de facto*», que la Comisión podría examinar en mayor profundidad.

34. El Sr. CANDIOTI dice que se podrían frenar los progresos de la Comisión sobre el tema si las tres expresiones fundamentales a que ha hecho referencia no están claras y no tienen el mismo sentido para todos. Por ejemplo, resulta problemático no saber si la expresión «funcionario del Estado» designa únicamente a los miembros de la administración pública o también a los mercenarios y contratistas. Además, tiene dudas sobre la conveniencia de basarse en un precedente establecido por el muy controvertido y desafortunado fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* para definir el concepto de actos realizados a título oficial.

Se levanta la sesión a las 11.20 horas.

3272ª SESIÓN

Martes 21 de julio 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Visita del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y lo invita a hablar ante la Comisión.

2. El Sr. AL HUSSEIN (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) dice que es un honor para él hacer uso de la palabra ante la Comisión, cuyos trabajos en los últimos 60 años han permitido establecer normas fundamentales de derecho internacional. Las normas de derecho internacional ocupan un lugar central en las actividades de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que sigue con gran interés los trabajos de la Comisión.

3. Entre los muchos temas importantes que la Comisión está examinando en la actualidad, hay dos que destacan desde el punto de vista de los derechos humanos: la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la elaboración de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad. En esos dos ámbitos, se ha invitado a la Comisión a establecer normas de derecho que, sin duda, constituirán un importante avance en materia de derechos humanos para millones de personas en el mundo. Dos de los principales retos que el Alto Comisionado tiene ante sí son luchar contra la impunidad y mejorar la rendición de cuentas y el respeto de la legalidad, de ahí la enorme importancia que revisten para sus trabajos los avances realizados por la Comisión.

4. En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, el Alto Comisionado recuerda que su prohibición forma parte de las normas imperativas reconocidas y aceptadas sin reservas por la comunidad internacional. El carácter intangible de las obligaciones de las que se deriva esta prohibición ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos en su observación general núm. 29[249]. No obstante, el personal del Alto Comisionado observa muy a menudo, en el marco de sus actividades, que esos horribles crímenes son una realidad cotidiana en muchos países del mundo. Por lo tanto, los trabajos realizados por la Comisión para elaborar una convención internacional sobre los crímenes de lesa humanidad revisten una importancia capital. El Alto Comisionado considera que dicho instrumento podría contribuir enormemente a prevenir esos crímenes y mejorar la eficacia de las medidas adoptadas para hacerles frente. Los cuatro primeros artículos del proyecto de convención, que han sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en la primera parte del período de sesiones, son muy prometedores y el Alto Comisionado espera con interés la continuación de los trabajos de la Comisión sobre este tema fundamental.

5. Observando que los proyectos de artículo 2 y 4 imponen a los Estados la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad, el Alto Comisionado dice que una de sus prioridades es ayudar a los Estados a cumplir su obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos, en particular las violaciones manifiestas que pueden constituir crímenes de lesa humanidad. El Alto Comisionado ha recordado varias veces que, a fin de prevenir esas violaciones, los Estados deben realizar un esfuerzo continuado para garantizar el respeto de los derechos humanos y la legalidad y eliminar así los factores de riesgo. Para ello, se necesitan un marco jurídico y administrativo y políticas generales que sean eficaces y respetuosos de los derechos humanos, instituciones democráticas legítimas y responsables, la participación de todos en pie de igualdad en la dirección de los asuntos públicos y un conjunto diversificado e influyente de actores de la sociedad civil y

---

[249] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 29 (2001) sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/56/40 (Vol. I)), anexo VI.

medios de comunicación independientes. Por ello, el Alto Comisionado observa con satisfacción que el proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de cooperar con «otras organizaciones», en particular organizaciones de la sociedad civil, en el marco de las medidas que deben adoptar para prevenir los crímenes de lesa humanidad.

6. Además, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad podrá contribuir a mejorar la eficacia de las medidas adoptadas a nivel nacional e internacional para sancionar esos crímenes y a reforzar la rendición de cuentas, que es otra prioridad del Alto Comisionado. Debería haber más Estados que penalicen expresamente los crímenes de lesa humanidad, y una convención podría contribuir a ello al alentarlos a poner su legislación nacional en conformidad con las normas y reglas internacionales.

7. El Alto Comisionado desearía que, en el marco de sus trabajos sobre este proyecto, la Comisión estudie la posibilidad de introducir una disposición que imponga expresamente a los Estados la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) a los presuntos autores de crímenes de lesa humanidad que se hallen en su territorio; obligación que dimana del carácter imperativo de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, que también hace importante la colaboración entre los Estados para investigar esos crímenes y enjuiciarlos y sancionarlos. Existen también otras obligaciones relativas a los crímenes de lesa humanidad (imprescriptibilidad y no aplicabilidad de ninguna inmunidad, ni siquiera a los Jefes de Estado), que todos los Estados deben cumplir tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra y no pueden eludir durante un estado de excepción.

8. En lo que respecta a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el Alto Comisionado dice que se trata de una cuestión esencial que es preciso tener en cuenta cada vez que se aborde la responsabilidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. Recuerda que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio) rechazaron firmemente la idea de que los funcionarios del Estado pudieran eludir su enjuiciamiento. Esta posición se ha considerado un cambio radical en el orden jurídico internacional, ya que supone pasar por alto la soberanía para que los funcionarios del Estado que hayan cometido un delito no puedan esconderse detrás de su cargo a fin de escapar a la justicia. En los decenios siguientes, este principio se reafirmó en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como en el Tribunal Especial para Sierra Leona. No obstante, este principio fundamental y bien establecido sigue siendo cuestionado. El debate a este respecto surgió, en particular, a raíz de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, en la que la Corte Internacional de Justicia consideró que, al dictar una orden de detención contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, Bélgica había vulnerado la inmunidad de jurisdicción penal del interesado y la inviolabilidad de que gozaba en ese momento en virtud del derecho internacional en calidad de Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio de la República Democrática del Congo.

9. No obstante, es importante recordar que la Corte destacó también que la inmunidad de que disfrutaban algunos altos funcionarios del Estado en el desempeño de su cargo no significaba que tuvieran impunidad respecto de los delitos que pudieran haber cometido, con independencia de su gravedad. Dijo además que, «aunque la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad jurisdiccional también puede impedir el procesamiento durante un cierto período de tiempo o en el caso de ciertos delitos; pero no puede exonerar a la persona a la que se aplique de toda responsabilidad penal» (párrafo 60 del fallo).

10. No hay que olvidar que este tipo de causas a menudo se refieren a crímenes horribles y que, en esas circunstancias, la inmunidad conlleva sin duda impunidad. Para poner fin a esta cultura de impunidad, que es caldo de cultivo de numerosísimas violaciones de los derechos humanos, es esencial poder enjuiciar a los autores de esos delitos. A la inversa, si se impide el enjuiciamiento de esas personas se ofende gravemente a las víctimas y se priva de todo sentido a esferas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos.

11. Por consiguiente, es esencial que, en el marco de sus trabajos, la Comisión fije claros límites a la inmunidad de los funcionarios del Estado, entre otras de las dos maneras siguientes: primero, debe establecerse claramente que toda inmunidad es personal y se extingue al finalizar el mandato del interesado porque se deriva exclusivamente de la necesidad de permitir el funcionamiento eficaz de las relaciones diplomáticas. Al reconocer una inmunidad funcional a los autores de crímenes internacionales, se daría a entender involuntariamente que esos crímenes pueden constituir actos legítimos del Estado. Ello sería contrario a todas las obligaciones de derechos humanos que incumben a los Estados y, más aún, contravendría el propio derecho internacional como sistema. En segundo lugar, las categorías de personas que gozan de esta inmunidad personal restringida deben estar estrictamente limitadas, es decir, la inmunidad debe aplicarse únicamente a los funcionarios mencionados en el artículo 7, párrafo 2 *a*, de la Convención de Viena de 1969 en las condiciones establecidas por el artículo 38, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

12. Como es la primera vez que un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hace uso de la palabra ante la Comisión, el orador desea hacer una reseña de las actividades de la Oficina para ofrecer un panorama general sobre determinados ámbitos de su competencia de los que también se ocupa la Comisión. La actividad más pertinente para los trabajos de la Comisión consiste en ayudar a los mecanismos internacionales de derechos humanos, entre otras cosas a elaborar nuevos instrumentos y proporcionar orientaciones sobre diferentes aspectos fundamentales del derecho de los derechos humanos. El Alto Comisionado también presta servicios de secretaría a los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos, que son los pilares del sistema internacional de derechos humanos. Esos comités de expertos independientes, diez actualmente, elaboran normas de derechos humanos y

garantizan la efectividad de los derechos individuales y las obligaciones de los Estados. Vigilan, examinan y orientan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, y ocho de ellos también reciben denuncias individuales de personas que han tratado, sin éxito, de obtener justicia en los tribunales nacionales. Esos comités contribuyen en gran medida a la formación del derecho internacional de los derechos humanos, no solo mediante su jurisprudencia, conformada por las decisiones que han tomado sobre numerosas denuncias individuales, sino también mediante sus observaciones generales, que revisten gran importancia.

13. En 2014, por ejemplo, en la observación general núm. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[250], se recopilaron los trabajos sobre esta cuestión realizados por el Comité en los 30 años anteriores para que funcionarios del Estado, juristas, observadores de derechos humanos y la sociedad civil pudieran comprender las circunstancias y la forma en que el Comité considera justificado privar de libertad a una persona, así como su concepción de la naturaleza de la obligación de los Estados de velar por que nadie sea privado de libertad ilegal o arbitrariamente. El Alto Comisionado indica además que el Comité acaba de dedicar medio día de debate general a la elaboración de una nueva observación general relativa al artículo 6 sobre el derecho a la vida.

14. Los 55 procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, a los que el Alto Comisionado también presta asistencia, constituyen además una verdadera reserva de competencias y ofrecen importantes orientaciones. El Alto Comisionado cita como ejemplo los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal[251], que han sido publicados recientemente por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria y se presentarán al Consejo de Derechos Humanos en su 30º período de sesiones en septiembre de 2015; el Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y el saneamiento[252], elaborado por la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento; y los Principios Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de la Trata de Personas a una Reparación Efectiva[253], elaborados por la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

15. Los titulares de mandatos de procedimientos especiales plantean regularmente nuevas cuestiones relativas a los derechos humanos. Por ejemplo, recientemente han llamado la atención sobre el uso de drones en matanzas llevadas a cabo en el marco de operaciones extraterritoriales de lucha antiterrorista, la utilización de aeronaves teledirigidas o drones armados, la vigilancia electrónica indiscriminada con miras a combatir el terrorismo o la efectividad del derecho a la seguridad social mediante la adopción universal de niveles mínimos de protección social. También desempeñan un papel importante en la alerta temprana y la evaluación de las crisis y demás situaciones que requieren una intervención urgente.

16. Asimismo, cuando es necesario realizar urgentemente una investigación exhaustiva de denuncias de violaciones masivas y complejas de los derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos, al igual que el Consejo de Seguridad, suele pedir al Alto Comisionado que establezca comisiones de investigación o misiones de determinación de los hechos para investigar las vulneraciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y formular recomendaciones con objeto de promover la rendición de cuentas, en particular la remisión a la Corte Penal Internacional. De hecho, varias comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos establecidas recientemente han constatado vulneraciones que llevan a creer que se han cometido crímenes de carácter internacional.

17. El Alto Comisionado ejerce también la función de secretaría del Consejo de Derechos Humanos, que cada año celebra tres períodos de sesiones ordinarios, además de los períodos de sesiones extraordinarios que puede convocar en cualquier momento. En el marco de la preparación de los debates del Consejo, el Alto Comisionado elabora, en particular, informes temáticos, entre los que cabe citar los innovadores trabajos publicados recientemente sobre la vigilancia de los datos y los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero y el informe relativo al papel de la prevención en la promoción y protección de los derechos humanos, que será examinado por el Consejo en septiembre y que el Alto Comisionado considera particularmente pertinente para los trabajos de la Comisión.

18. También en su labor de asistencia al Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado contribuye al buen funcionamiento del Examen Periódico Universal, en cuyo marco cada uno de los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas debe presentar cada cuatro años un balance detallado de la situación de los derechos humanos en su territorio. Ya se han completado dos ciclos del Examen Periódico Universal y cientos de recomendaciones —gran parte de las cuales se formularon a la luz de los trabajos de los órganos creados en virtud de tratados y los titulares de mandatos de procedimientos especiales, así como de los consejos de expertos de los actores de la sociedad civil— han sido objeto de un seguimiento detallado. En el marco del Examen Periódico Universal, el Alto Comisionado también puede presentar propuestas de medidas para fomentar la capacidad de los Estados y mejorar así sus resultados en diferentes ámbitos.

19. El Alto Comisionado, que también tiene por misión velar por que las normas de derechos humanos sean nociones útiles y concretas que permitan a las víctimas obtener justicia y garanticen la protección de los derechos de todos, cuenta con 64 presencias sobre el terreno cuyo personal dedica gran parte de su tiempo a impartir formación a agentes del orden público, policías y miembros de las fuerzas de seguridad, así como a miembros de grupos de la sociedad civil. Su principal objetivo es traducir los derechos humanos en medidas concretas, de manera que,

[250] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 35 (2014) sobre el artículo 9 (Libertad y seguridad personales) (CCPR/C/GC/35).

[251] A/HRC/30/37, anexo.

[252] A/HRC/27/55/Add.3.

[253] A/HRC/26/18, anexo.

por ejemplo, nadie sea torturado durante un interrogatorio, las reuniones públicas se supervisen sin recurrir a un uso excesivo de la fuerza o las minorías puedan hacerse oír y participar plenamente en la vida del país.

20. A más largo plazo, el Alto Comisionado también trata de reforzar las leyes e instituciones destinadas a proteger los derechos de la población, en particular los tribunales, los parlamentos, los consejos regionales, las escuelas y los grupos comunitarios. Tiene por objetivo empoderar a los defensores de los derechos humanos y los activistas de la sociedad civil de cualquier tipo, en particular a los defensores de los derechos de las minorías, para que puedan luchar eficaz y firmemente contra los prejuicios. Y, naturalmente, el Alto Comisionado vigila la situación de los derechos humanos sobre el terreno, informa sobre ella y promueve las mejoras necesarias.

21. Por último, el principal cometido de la Oficina del Alto Comisionado en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York es transmitir las preocupaciones del Alto Comisionado a todo el sistema de las Naciones Unidas. A tal efecto, trata de facilitar la aplicación de la nueva política del Secretario General, «Los Derechos Humanos Primero», informando lo mejor posible a las partes interesadas y asesorándolas. Esta política, concebida a partir de la constatación de que las violaciones de los derechos humanos son la primera y más clara señal de inestabilidad y violencia, tiene por objeto hacer de la prevención de esas violaciones una prioridad absoluta para todos los actores de las Naciones Unidas. Para el Alto Comisionado, es evidente que esa política debe basarse en actividades destinadas a detectar los primeros signos de esas infracciones. Junto a las presencias sobre el terreno, los mecanismos de derechos humanos a los que el Alto Comisionado presta ayuda recaban una considerable cantidad de información sobre cuestiones relativas a los derechos humanos, en particular sobre las lagunas en su protección, los riesgos de violaciones de esos derechos y las modalidades, la magnitud y la naturaleza de esas violaciones. Una vez analizada, coordinada y transmitida, dicha información permite orientar la formulación de estrategias y medidas en cooperación con los Estados y ayuda a las Naciones Unidas a decidir la mejor manera de actuar.

22. Si bien son muy diversas, todas las actividades del Alto Comisionado obedecen a una misma lógica: tienen por objeto impulsar cambios concretos. El Alto Comisionado, que actúa de acuerdo con las normas de derecho que la Comisión contribuye a crear, procura garantizar el respeto de esas normas detectando las lagunas en materia de protección de los derechos humanos, promoviendo una mejor protección de esos derechos y poniendo en marcha programas para ayudar a los agentes estatales y la sociedad civil a reforzar su capacidad a fin de protegerlos mejor.

23. No obstante, el Alto Comisionado se pregunta por la eficacia de todas esas medidas, y ahí radica el meollo del problema. ¿En qué medida puede sinceramente afirmar el Alto Comisionado que sus actividades contribuyen a prevenir las violaciones de los derechos humanos y salvar vidas? Registra el número de víctimas de masacres; forma a los responsables de las autoridades públicas; mejora las competencias de los activistas que trabajan en ámbitos tan diversos como los derechos de tenencia de la tierra o los derechos de la mujer, entre otros; trata de impedir ataques sangrientos contra minorías; y promueve leyes e instituciones mejor adaptadas, más responsables y más justas. No obstante, cabe preguntarse si logra resultados.

24. Dado que el Alto Comisionado solo se creó hace unos 20 años, a lo mejor es imposible medir el cambio social en un período tan corto. O tal vez los esfuerzos que requiere la integración de los derechos humanos en el tejido social, poniendo de relieve el estado de derecho, la no discriminación y la integración, el acceso a instituciones, judiciales y de otro tipo, eficaces y la gobernanza participativa y democrática no pueden terminar nunca. En cualquier caso, sin ninguna duda no hay tarea más estimulante e importante, y a medida que el Alto Comisionado se esfuerza por promover los derechos humanos en cada región del mundo, agradece poder apoyarse en los trabajos de la Comisión, que revisten una importancia capital para el mantenimiento de la paz y la seguridad y la preservación del estado de derecho.

25. El Sr. HASSOUNA, después de recordar que el Sr. Al Hussein tuvo un papel destacado en la creación de la Corte Penal Internacional y, en particular, participó en la redacción de un considerable número de disposiciones del Estatuto de Roma, desea saber cómo evalúa la función de la Corte y la forma en que juzga los delitos de su competencia, en particular los crímenes de lesa humanidad.

26. Observando que se ha multiplicado el número de conflictos armados que han dado lugar a graves vulneraciones del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, el orador también desea conocer la opinión del Alto Comisionado sobre la manera en que las Naciones Unidas podrían combatir eficazmente este fenómeno. Además de las diferentes medidas que ha citado, ¿puede el Alto Comisionado proponer nuevos métodos o mecanismos para ello, quizás a nivel regional?

27. El Sr. KITTICHAISAREE dice que tuvo el honor de colaborar con el Sr. Al Hussein en la redacción del artículo 9 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativo a los elementos del crimen y que entonces tenía la esperanza de que la creación de la Corte permitiría poner fin a la impunidad. No obstante, la Corte solo ha conocido de un pequeño número de causas, en la mayoría de las cuales no se juzgaba a altos cargos. Por tanto, considera que el Estatuto de Roma no ha permitido establecer verdaderos medios de disuasión o sanción. Desea saber cómo abordaría el Sr. Al Hussein la reforma del sistema de justicia penal internacional para garantizar su eficacia. Considera que ahora el Alto Comisionado se halla en una situación ideal para concretar las grandes esperanzas que alimentan todos los que participaron en la redacción del Estatuto de Roma.

28. El Sr. MURPHY observa con satisfacción que el Alto Comisionado apoya los trabajos de la Comisión sobre los crímenes de lesa humanidad, en particular la elaboración de una nueva convención, y se pregunta por la repercusión que esta podría tener en el sistema de órganos de tratados. En efecto, esta convención podría prever la creación de un nuevo comité encargado de vigilar su aplicación, lo que sin embargo plantearía la cuestión de los recursos, así como

la del solapamiento de competencias, ya que existen otros comités que, con arreglo a su mandato, son competentes para examinar situaciones en las que se cometen crímenes de lesa humanidad. También se podría redactar la convención de manera que los comités existentes se encarguen de vigilar la aplicación de sus disposiciones, o reconocer simplemente que los comités existentes pueden, en determinadas situaciones, basarse en otros instrumentos en el marco de su labor. El orador desea conocer la opinión del Alto Comisionado a este respecto.

29. El Sr. AL HUSSEIN (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), en relación con la cuestión de la eficacia de la Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad y su papel disuasorio en relación con los crímenes de lesa humanidad, desea mantener la prudencia que ha mostrado desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma. En efecto, considera que la sensación de entrar en una nueva era que muchos expresaron en aquel momento era demasiado optimista. El Alto Comisionado siempre fue consciente, de hecho como algunos de sus colegas, de que la profunda evolución de la sociedad que se pretendía lograr con la promulgación de normas llevaría al menos una generación, período de transición necesario para pasar de una cultura universal de la impunidad a una cultura basada en el respeto del derecho internacional humanitario, el Estatuto de Roma y los derechos humanos en la que ya no habría impunidad. También era consciente de que esta evolución no sería lineal y alternaría fases de avance y retroceso, pero que se podría contar con el apoyo de la opinión pública, sobre todo porque esta sería testigo, por conducto de los medios de comunicación, de los crímenes cometidos en diferentes regiones del mundo. Así pues, el fortalecimiento de la cooperación de los Estados con la Corte al final solo sería cuestión de tiempo. El Alto Comisionado recuerda, a este respecto, que lamentó públicamente ante el Consejo de Derechos Humanos que el Gobierno de Sudáfrica no esperara a que el Tribunal Supremo de Pretoria dictara sentencia en cuanto al fondo para autorizar al Presidente del Sudán a abandonar el país tras la Cumbre de la Unión Africana celebrada a mediados de junio de 2015. Habría sido la ocasión de enviar una clara señal para recordar a los autores de crímenes internacionales graves su obligación de responder de sus actos y tal vez así no habría tenido lugar la explosión de violencia que sacude Burundi actualmente, que hacía tiempo que se veía venir.

30. En cuanto a la cuestión de la lucha contra las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario a nivel regional, cabe precisamente citar el ejemplo de Burundi, donde la Unión Africana y la Comunidad de África Oriental han enviado observadores de los derechos humanos. En opinión del Alto Comisionado, la puesta en marcha de esos dispositivos por organizaciones regionales resulta tanto más útil cuanto que contribuye a detectar y evaluar los primeros signos de problemas de los que hay que preocuparse. En el caso de Burundi, se observó que se marcaba algunas viviendas de manera sistemática, al parecer para señalar a los milicianos las familias contra las que debían dirigir sus ataques. Si bien desea mostrar prudencia, el Alto Comisionado dice que, con todo, espera que las disposiciones negociadas antes de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional sobre la base del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional acaben logrando su objetivo y no duda de que dentro de algunos decenios se habrá olvidado el actual período de transición, caracterizado por cierta regresión.

31. La posibilidad de establecer un sistema de vigilancia de la aplicación de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad debe considerarse a la luz de los órganos creados en virtud de tratados existentes, ya que las convenciones de las que se ocupan abordan algunas de las infracciones previstas en las primeras versiones del proyecto propuesto por el Relator Especial. No obstante, los órganos creados en virtud de tratados son independientes y es difícil responder sobre esta cuestión sin consultarlos. Si bien será, pues, necesario celebrar consultas, ya se puede afirmar con la mayor prudencia que, en efecto, parece conveniente evitar los solapamientos, sobre todo habida cuenta de que el sistema de órganos creados en virtud de tratados cuenta con recursos limitados.

32. El Sr. WAKO desea que la visita del Alto Comisionado para los Derechos Humanos se repita cada año y considera que la cooperación entre la Comisión y el Alto Comisionado debería propiciar un diálogo constante satisfactorio para ambos. Quisiera conocer el punto de vista del Alto Comisionado sobre el papel de la Corte Penal Internacional en relación con los crímenes de lesa humanidad y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en particular en lo que respecta a la disposición del Estatuto de Roma que parece excluir toda inmunidad, incluso para los Jefes de Estado, así como su punto de vista sobre la interacción entre esos diferentes elementos. En cuanto a los órganos creados en virtud de tratados, cabe en efecto preguntarse si es mejor crear unos nuevos o bien garantizar la eficacia de los que ya existen. Es cierto que nos encontramos en una etapa de regresión y que cabe dudar de que la existencia de un nuevo comité encargado de vigilar la aplicación de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad hubiera podido influir en los acontecimientos ocurridos en Sudáfrica o Burundi. Además, es esencial evitar los solapamientos, al igual que las situaciones de posible conflicto de competencias entre la convención y la Corte; tal vez el Alto Comisionado podría sugerir la forma de lograrlo en relación con los crímenes de lesa humanidad. Por último, el orador está de acuerdo en que, cuando se aborda la esfera de los derechos humanos, no hay que centrar la atención únicamente en los gobiernos y el poder ejecutivo, sino tomar también en consideración la función de los parlamentos nacionales en los que, por lo general, existen comisiones encargadas de hacer un seguimiento de las cuestiones relativas a los derechos humanos, cuya actividad debería apoyarse. A este respecto, desearía saber cómo podría el Alto Comisionado permitir a los parlamentos nacionales contribuir de manera más concreta al establecimiento de una cultura basada en el rechazo a la impunidad.

33. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ desea saber cuál es el mayor desafío al que ha tenido que hacer frente el Alto Comisionado durante el primer año de su mandato. Por otra parte, el Consejo de Derechos Humanos decidió en 2014 crear un grupo de trabajo de composición abierta

encargado de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y de otra índole y los derechos humanos[254], después de haber aprobado en 2011[255] una serie de principios rectores relativos a las empresas y los derechos humanos[256]. Al orador le gustaría conocer la posición del Alto Comisionado sobre este nuevo paso dado por el Consejo para el desarrollo del derecho internacional en ese ámbito.

34. El Sr. NIEHAUS, después de recordar el compromiso constante de Costa Rica en favor de la promoción de los derechos humanos, como lo demuestra en particular el hecho de que acoja la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice que desea recibir aclaraciones sobre la relación del Alto Comisionado con las organizaciones regionales, en particular la Corte Interamericana, ya que la promoción de los derechos humanos a nivel internacional requiere una mayor cooperación con esas entidades.

35. El Sr. AL HUSSEIN (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) recuerda que el artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se inspira en los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[257] y el proceso de Tokio y espera que la Comisión adopte la posición más restrictiva posible con respecto a la inmunidad de los funcionarios, ya que un sistema destinado a liberar a la humanidad de los episodios de violencia organizada más odiosos contra grupos humanos sin duda no puede depender, para toda investigación y enjuiciamiento, de recursos que pueden resultar inaccesibles por ser los presuntos autores de los crímenes en cuestión funcionarios del Estado que gozan de inmunidad. Si bien la labor de la Corte Penal Internacional demuestra que los actores políticos necesitarán tiempo para tomar conciencia de la evolución del derecho, el Alto Comisionado, por su presencia sobre el terreno, su trabajo con las organizaciones no gubernamentales que representan a grupos de víctimas y sus comisiones de investigación, está demasiado cerca de las víctimas para no desear ver a los numerosos criminales que siguen escapando a la justicia rendir cuentas por fin de sus terribles actos y pide que se intensifique la cooperación de los Estados partes con la Corte. Como han dicho la actual Fiscal de la Corte y su antecesor, hay que estar siempre al lado de las víctimas. La Corte y los mecanismos de derechos humanos no se han concebido para proteger a los poderosos, que no lo necesitan, sino a los más débiles y vulnerables frente a los abusos y vulneraciones de todo tipo. Así pues, los debates a este respecto deben centrarse en las víctimas y no en las más altas autoridades del Estado, que de una manera u otra logran a menudo protegerse de las acusaciones en su contra o de pruebas fidedignas que demuestran a los ojos de la comunidad internacional su implicación en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

36. La cuestión de la aparición de una competencia poco saludable entre los órganos creados en virtud de tratados es muy pertinente y es cierto que convendría establecer un diálogo continuo entre la Comisión y el Alto Comisionado a este respecto, teniendo presente que los comités son independientes y que el Alto Comisionado debe ejercer su papel de intermediario con prudencia.

37. En relación con la labor de un grupo de Estados para elaborar un instrumento vinculante sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, los principios rectores existentes no deberían ser puestos en entredicho por las negociaciones en curso y conviene avanzar por las dos vías sin considerar que se excluyen mutuamente.

38. A nivel regional, el Alto Comisionado trata de coordinar sus esfuerzos con las comisiones regionales y sigue con interés las resoluciones de los tribunales regionales, que realizan una labor fundamental, aunque en algunas regiones del mundo se hayan visto posiciones que han requerido una reacción de la Oficina. Si bien es cierto que los gobiernos no siempre cumplen las resoluciones de los tribunales regionales, no por ello dejan de reconocer su importancia. El Alto Comisionado, por su parte, tiene en cuenta esas resoluciones al expresar su posición en sus reuniones bilaterales con los Gobiernos de los Estados en cuestión.

39. Existe entre la opinión pública una ansiedad generalizada profunda por la situación mundial y las vulneraciones del derecho internacional, el derecho humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos que quedan impunes; de ahí la gran importancia de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, la Sexta Comisión, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos.

40. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ da las gracias al Alto Comisionado por su intervención, en particular por su referencia a la contribución de los trabajos de la Comisión al mantenimiento del estado de derecho. Suscribe totalmente la idea, en la que parece basarse el Alto Comisionado, de que existe un conjunto de valores y principios comunes a la comunidad internacional y a todos los órganos e instituciones del sistema de las Naciones Unidas que todos los actores del sistema deben tener sistemáticamente en cuenta para no socavar su respectiva labor. Como Relatora Especial para el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ha oído con gran interés la opinión del Alto Comisionado sobre los límites que deberían aplicarse a esta inmunidad para que no sea un factor de impunidad. Desea saber si el Alto Comisionado considera que existe una cooperación efectiva entre los tribunales internacionales y nacionales en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves o si, por el contrario, estima que esos tribunales funcionan con arreglo a normas distintas que les impiden actuar de manera coordinada. También querría saber si, en sus

---

[254] Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, párr. 1.

[255] Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, de 16 de junio de 2011, párr. 1.

[256] Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" (A/HRC/17/31), anexo.

[257] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

actividades de investigación y vigilancia, los órganos de control a los que el Alto Comisionado presta asistencia técnica, ya sea órganos creados en virtud de tratados o procedimientos especiales, han encontrado dificultades a raíz de la invocación por los Estados de normas relativas a la inmunidad.

41. El Sr. SABOIA espera que la visita del Sr. Al Hussein marque el comienzo de una cooperación fructífera entre el Alto Comisionado y la Comisión y dice que, si bien los sucesivos oradores se han referido ampliamente a las deficiencias de la Corte Penal Internacional, apenas han mencionado la falta de cooperación de los Estados. Ahora bien, sin esa cooperación la Corte no puede cumplir su misión. Además, los Estados que la crearon se comprometieron a cooperar. El orador considera asimismo que, si se elaborara una convención sobre los crímenes de lesa humanidad, esta tendría que prever un órgano convencional para vigilar su aplicación, teniendo debidamente en cuenta los problemas de recursos y solapamientos.

42. El Sr. PETRIČ dice que los derechos humanos ocupan un lugar esencial en los cambios fundamentales ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la humanidad comprendió que debía colocar al ser humano y su dignidad en el centro de sus preocupaciones si quería vivir en paz y prosperidad, y que la creación de la Corte Penal Internacional representó un nuevo paso esencial en ese proceso. Ha escuchado con mucha atención las declaraciones del Alto Comisionado sobre la impunidad y la necesidad de que el derecho proteja a los débiles, y desea añadir que la lucha contra la impunidad debería convertirse en el principio y no en la excepción, al igual que la sanción de los crímenes más terribles. También desea señalar a la atención del Alto Comisionado la cuestión de los derechos colectivos —derechos de las minorías, derecho a la libre determinación— y desearía saber qué lugar ocupan en los trabajos del Consejo de Derechos Humanos. Concluye pidiendo al Alto Comisionado que presente a la Comisión propuestas de futuros temas de estudio que puedan revestir un interés particular para la Oficina.

43. El Sr. AL HUSSEIN (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) conviene con el Sr. Wako en la importancia de la cooperación con los parlamentos nacionales. En la actualidad, el Alto Comisionado coopera activamente con las delegaciones de la Unión Interparlamentaria y tiene la intención de entrar en contacto con las comisiones parlamentarias de derechos humanos con las que todavía no lo tiene. En cuanto a la relación entre los tribunales internacionales y nacionales, no cree que el hecho de que tengan modos de funcionamiento diferentes impida necesariamente el establecimiento de una colaboración eficaz entre ellos, en la medida en que persiguen el mismo objetivo. Contrariamente a la idea comúnmente admitida de que la denuncia pública de las infracciones de los Estados a veces resulta contraproducente al hacer que los Estados afectados se nieguen a comunicar y cooperar, el Alto Comisionado ha observado desde el inicio de su mandato que, por el contrario, los Estados están abiertos a las críticas, aunque no les gusten, y deseosos de mantener el diálogo. Ello se refleja en la participación de delegaciones más numerosas que nunca en el período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de marzo de 2015, pese a que se examinaban informes sin concesiones en que se denunciaban infracciones cometidas por numerosos Estados. Así pues, no hay que temer mostrarse crítico y riguroso con los Estados que incumplen las obligaciones internacionales que les incumben, puesto que esa es la manera de entablar con ellos un verdadero diálogo sustantivo, como sin duda han observado los propios miembros de la Comisión en las reacciones de los Estados a sus trabajos.

44. La falta general de cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional es muy de lamentar y debe combatirse. Para evitar que el siglo XXI sea escenario de actos de violencia letal que se podrían haber evitado, es absolutamente necesario que los Estados comprendan que deben esforzarse más a este respecto. Dada la gran polarización de las posiciones que existen en el Alto Comisionado sobre la oportunidad de crear un órgano encargado de vigilar la aplicación de la futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad, el Alto Comisionado prefiere no pronunciarse sobre esta cuestión antes de que haya sido objeto de un amplio debate. Los derechos colectivos constituyen, en efecto, una esfera de los derechos humanos que no recibe toda la atención que merece, pero no son los únicos: también ocurre, entre otros, con los derechos económicos, sociales y culturales. ¿Cómo explicar, por ejemplo, que cada año mueran seis millones de niños de corta edad ante una indiferencia casi general por causas que podrían evitarse, cuando, si el EIIL causara cada año el mismo número de víctimas, ello se convertiría en la prioridad absoluta de la comunidad internacional? En cuanto a los futuros temas de estudio de la Comisión que podrían revestir un interés particular para los trabajos del Alto Comisionado, dice que podrá presentar propuestas a la Comisión después de consultar a sus colaboradores, en particular al servicio de procedimientos especiales.

45. El Sr. PARK desea saber si el Comité de Derechos Humanos está estudiando la forma de alentar a los Estados a aplicar sus dictámenes sobre las comunicaciones recibidas en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que algunos los ignoran por completo, como es el caso de la República de Corea que, pese a las recomendaciones del Comité, sigue penalizando la objeción de conciencia al servicio militar por motivos religiosos.

46. El Sr. HMOUD dice que la cooperación entre el Alto Comisionado y la Comisión de Derecho Internacional no puede sino ser beneficiosa para sus respectivos trabajos y celebra la voluntad de acercamiento expresada por el Alto Comisionado. Acoge con satisfacción el papel determinante del Alto Comisionado en la promoción y protección de los derechos humanos y hace un llamamiento a los Estados que no cumplen debidamente sus obligaciones al respecto, pero se pregunta por los medios de que dispone la Oficina para hacer frente a las infracciones graves y sistemáticas cometidas por entidades no estatales. Asimismo, desea saber si las vías de recurso existentes ante las instancias regionales e internacionales garantizan a las víctimas suficientes medios para hacer valer sus derechos o si no convendría considerar la posibilidad de establecer otros mecanismos a tal efecto.

47. El Sr. TLADI se muestra optimista sobre el futuro de la justicia penal internacional, siempre que se respeten los límites de su marco de aplicación. Cuestiona la conexión señalada por el Alto Comisionado entre el hecho de que el Presidente del Sudán haya podido abandonar Sudáfrica y los acontecimientos ocurridos recientemente en Burundi. Estima además que, dado que la investigación sobre las circunstancias de la salida del Presidente del Sudán sigue abierta, sería preferible no sacar conclusiones sobre el papel del Gobierno de Sudáfrica en este asunto, que, por lo demás, plantea cuestiones jurídicas de enorme complejidad. Es interesante señalar que la orden del Tribunal Supremo por la que se prohibía al Presidente del Sudán abandonar el territorio no preveía su detención ni cuestionaba la inmunidad de que gozaba en calidad de Jefe de Estado. Cabe entonces preguntarse cómo podían las autoridades sudafricanas impedir al Presidente abandonar el territorio sin violar su inmunidad. El Alto Comisionado insiste con razón en la importancia de la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional. Pero, para garantizar esta cooperación, también sería necesario que, cuando el Consejo de Seguridad remita una situación al Fiscal de la Corte en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad no se limite, en la correspondiente resolución, a instar a todos los Estados afectados a cooperar plenamente con la Corte, sino que establezca una obligación expresa en ese sentido que podría decir lo siguiente: «El Consejo de Seguridad *decide* que todos los Estados en cuestión deben cooperar plenamente…». Así se evitaría que un Estado pudiera invocar obligaciones en relación con la inmunidad para eludir su obligación de cooperar con la Corte.

48. El Sr. AL HUSSEIN (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) dice que los titulares de mandatos de procedimientos especiales y él mismo pueden contribuir a promover la aplicación por los Estados de los dictámenes aprobados por los órganos de tratados sobre comunicaciones individuales en el marco de sus visitas a los países, que proporcionan la ocasión de entablar un diálogo con una gran variedad de representantes de las autoridades y la sociedad civil sobre cualquier cuestión pertinente relacionada con los derechos humanos, y en particular sobre las comunicaciones. Por ejemplo, el Alto Comisionado planteó la cuestión de los objetores de conciencia en su visita a la República de Corea. Es difícil medir la repercusión de esas actuaciones, pero el Alto Comisionado está convencido de la importancia de transmitir en la medida de lo posible a las partes interesadas las preocupaciones expresadas por los órganos de tratados y los otros actores del sistema de protección de los derechos humanos. La posición de la Oficina con respecto a las entidades no estatales es muy clara: siempre que ejerzan un control efectivo sobre un territorio, están sometidas a la obligación de no atentar contra los derechos humanos, en particular de la población que vive en ese territorio. En lo que respecta al caso del Presidente del Sudán, es evidente que la Oficina esperará a que se resuelva el procedimiento en curso antes de sacar conclusiones definitivas. En cuanto a los acontecimientos ocurridos en Burundi, el Alto Comisionado recuerda que muchos observadores habían predicho la violencia que asola el país desde hacía varias semanas y habían tratado de impedirla interviniendo ante el Presidente, en vano. Si Sudáfrica hubiera retenido al Presidente del Sudán en su territorio hasta que el Tribunal Supremo hubiese dictado su sentencia definitiva, el mensaje enviado tal vez habría incitado al Gobierno de Burundi a mostrarse más firme con la milicia de los Imbonerakure, favorable al Gobierno, que en la actualidad está haciendo estragos con total impunidad, lo que habría podido evitar la ola de violencia de los últimos meses, que es de temer que se prolongue durante un tiempo.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)

49. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que reanuden el examen del cuarto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

50. El Sr. TLADI dice que, si bien el cuarto informe de la Relatora Especial describe de manera muy completa los elementos que se deben tomar en consideración para determinar qué actos deben considerarse «actos realizados a título oficial», así como el alcance de la inmunidad *ratione materiae*, tiene no obstante un defecto metodológico: afirma en su párrafo 32 que «los derechos estatales son irrelevantes a los efectos del presente tema». Del contexto parece desprenderse que los «derechos estatales» designan a la legislación nacional, que, no obstante, la Comisión ha afirmado muy claramente, en el marco de sus trabajos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, que constituye un importante elemento de la práctica de los Estados. Por ejemplo, en Sudáfrica, las normas relativas a la inmunidad se enuncian en la Ley de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, que no se ocupa únicamente de las inmunidades diplomáticas. La inmunidad *ratione personae*, de la que gozan únicamente los Jefes de Estado, también se contempla en el artículo 4, párrafo 1, de esta Ley, que remite expresamente al derecho internacional consuetudinario y contiene otras disposiciones relativas a la inmunidad *ratione materiae*. ¿Cómo pueden esas disposiciones no ser pertinentes a los efectos de los trabajos sobre el tema? Esta exclusión de la legislación nacional resulta aún más curiosa en la medida en que el informe analiza la jurisprudencia nacional que, muy a menudo, aplica esa misma legislación nacional que, al parecer, carece de pertinencia. De hecho, en relación con la jurisprudencia, el orador estima que en el informe se otorga demasiada importancia a la de los Estados Unidos y, en menor grado, a determinadas causas europeas. Las resoluciones examinadas son sin duda buenas resoluciones, pero debería ser posible encontrar otras. Así pues, el orador considera que el derecho interno es pertinente. No obstante, dicho esto, las investigaciones realizadas para elaborar el informe tienen una calidad por la que hay que felicitar a la Relatora Especial. También cabe destacar la existencia de una relación muy clara entre el análisis y los proyectos de artículo propuestos. Ahora bien, el orador no está de acuerdo con todas las conclusiones sustantivas que figuran en el informe.

51. Desde su informe preliminar[258], la Relatora Especial coquetea constantemente con la cuestión principal, la de las excepciones, sin abordarla nunca. Este hecho se confirma en el informe que se examina: muy a menudo el análisis coloca al lector en la dirección de la cuestión principal, pero la Relatora Especial afirma entonces que «lo dejará para el año que viene». El ejemplo más claro, sin ser el único, de esta tendencia se encuentra en el párrafo 126, en el que la Relatora Especial afirma que «la calificación de los crímenes internacionales como "acto realizado a título oficial" no significa, sin embargo, que el funcionario del Estado haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad *ratione materiae* por la Comisión de dichos crímenes», pero rectifica inmediatamente al indicar que «el análisis de los efectos de los crímenes internacionales respecto de la inmunidad se pueden abordar de forma más adecuada desde la perspectiva de las excepciones a la inmunidad», que se examinarán en el quinto informe. Así pues, muchos miembros de la Comisión esperan este informe sobre las excepciones.

52. El orador no ve dificultades en cuanto al alcance temporal y material de la inmunidad *ratione materiae*. El proyecto de artículo 6 y la parte del informe en la que se basa son correctos. En el párrafo 3 de este proyecto de artículo, la Relatora Especial ha propuesto un texto que cabe suponer que tiene un objetivo comparable al del apartado *e* del proyecto de artículo 2 propuesto el año anterior, es decir, indicar que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores son funcionarios del Estado a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* y que, por consiguiente, siguen beneficiándose de la inmunidad *ratione materiae* después de concluir su mandato. La Comisión ha decidido no incluir a los miembros de la troika en el apartado *e* por entender que es evidente que se trata de funcionarios del Estado a los efectos de la inmunidad. El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 parece obedecer a la misma intención, a saber, disipar cualquier duda sobre el hecho de que, una vez concluido su mandato, los miembros de la troika gozan de inmunidad *ratione materiae*. Para el orador, el párrafo 3 no es necesario, por la misma razón que tampoco lo era la mención específica a los miembros de la troika en la definición de la expresión «funcionarios del Estado». Este párrafo 3 no añade nada a lo que prevén los proyectos de artículo. Se trata de una cuestión de la que ya se ocupa, en particular, el proyecto de artículo 4, párrafo 3, y el comentario correspondiente[259]. El orador considera que debería abordarse en los comentarios.

53. En cuanto al apartado *f* propuesto para el proyecto de artículo 2 y la parte del informe en la que se basa, el orador tiene algunas dificultades. La Relatora Especial afirma en el párrafo 22 de su informe que la Comisión no ha seguido el planteamiento de que solo el acto realizado a título oficial «es relevante para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*», siendo indiferente quién sea el autor del acto. Ahora bien, la conclusión de la Comisión a este respecto, lejos de ser tan clara, es ambigua e insatisfactoria y probablemente será necesario volver a examinarla ulteriormente.

54. Al igual que la Relatora Especial, el orador cree que el «acto realizado a título oficial» debe distinguirse del «acto realizado a título privado». Desde el punto de vista de la terminología, también suscribe la opinión expresada por la Relatora Especial en el párrafo 29, según la cual la doctrina del *act of State* o «acto de Estado» es totalmente distinta desde el punto de vista jurídico de la noción de inmunidad de jurisdicción del Estado y no debe confundirse con esta.

55. Para el orador, los problemas comienzan en el párrafo 31 del informe que se examina. La Relatora Especial empieza, en efecto, afirmando que «ha de advertirse que la distinción entre "acto realizado a título oficial" y "acto realizado a título privado" no guarda […] relación alguna con la distinción entre acto lícito o ilícito», lo cual es cierto, pero añade: «[p]or el contrario, cuando nos referimos a las dos primeras categorías de actos en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, ambas se presumen —por definición— ilícitas en términos penales». La idea de que los «actos realizados a título oficial» son, por definición, ilícitos, que supone que, para establecer que un acto se ha realizado a título oficial y, por consiguiente, se beneficia de inmunidad, es preciso demostrar su ilicitud, es recurrente a lo largo de todo el informe. Más concretamente, la «naturaleza penal del acto» como elemento del «acto realizado a título oficial» se examina ampliamente en los párrafos 96 a 110. En esos párrafos, la mayor parte del análisis de la Relatora Especial se refiere a la idea expresada en anteriores trabajos de la Comisión, en particular en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[260] y los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[261], de que un mismo acto puede dar lugar a una doble responsabilidad. En el informe también se hace referencia al fallo dictado en 2007 por la Corte Internacional de Justicia 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)*, y cabe asimismo mencionar el artículo 25, párrafo 4, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que también recoge esta idea. Así pues, se trata de una idea bien establecida en el derecho internacional, pero no se entiende cómo puede desprenderse de ella que los «actos realizados a título oficial» son necesariamente de naturaleza penal.

56. En los párrafos 102 a 109, la Relatora Especial examina si la inmunidad de los funcionarios del Estado es la misma que la inmunidad del Estado y parece considerar, al igual que el propio orador, que si bien la primera se deriva de la segunda, no se confunde con esta. No obstante, una vez más, el orador no comprende que se pase de este planteamiento, que de hecho es acertado, al de que un acto oficial, o un acto realizado a título oficial, debe ser de naturaleza penal. Si lo que se quiere es destacar que los trabajos se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal, esa cuestión entra dentro del ámbito de aplicación y se ha aclarado suficientemente. Una cosa es

[258] *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654.

[259] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 52 y ss.

[260] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

[261] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

decir que los trabajos solo se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal, y otra que los actos realizados a título oficial son de naturaleza penal. Este planteamiento no se fundamenta en la jurisprudencia, en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho de los tratados. Tampoco se basa en la práctica de los Estados, y de la lectura del informe que se examina se desprende que no cuenta con el apoyo de la doctrina.

57. Además de carecer de fundamento jurídico, esta disposición confunde la cuestión de la jurisdicción y la inmunidad con la de la responsabilidad penal, cuando, como destacó la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 60 de su fallo en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, es preciso distinguirlas. Según la Relatora Especial, un funcionario del Estado acusado en un proceso penal tendría que admitir haber cometido un delito para poder beneficiarse de la inmunidad.

58. De hecho, el principal problema que plantea el enfoque adoptado en el informe radica en la búsqueda por parte de la Relatora Especial de los actos específicos a los que puede aplicarse la inmunidad. Ahora bien, el factor determinante no es la naturaleza del acto, sino el título al que se ha realizado. Si se toma como ejemplo el asesinato, que es un acto sancionado penalmente en todos los países, cuando un funcionario de un Estado mata a una persona y otro Estado quiere acusarlo de asesinato, la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* no depende de si el acto está o no sancionado penalmente, sino de si se ha realizado en el ejercicio de una función oficial. Si, por ejemplo, el funcionario causa la muerte de una persona durante una riña en un bar, la inmunidad no se aplica porque el acto no se ha realizado en el ejercicio de funciones oficiales. En cambio, si la víctima murió cuando el funcionario ejercía funciones de seguridad en nombre de su gobierno, la inmunidad puede aplicarse perfectamente. La variable no es la naturaleza del acto, sino el ejercicio o no de funciones oficiales.

59. La búsqueda por la Relatora Especial de actos propios del ejercicio de «funciones estatales» que, por tanto, se benefician de la inmunidad, la lleva a concluir, por ejemplo, que los crímenes de lesa humanidad y otros crímenes internacionales son actos oficiales. No obstante, en un conflicto internacional los crímenes de lesa humanidad cometidos por rebeldes no pueden considerarse actos oficiales, pero sin duda constituyen crímenes de lesa humanidad. Del mismo modo, por citar un ejemplo sacado del informe, un funcionario que trabaja para una banda criminal una vez concluido su servicio puede cometer, persiguiendo un fin sin ninguna relación con sus atribuciones oficiales, actos de tortura que no se considerarán actos oficiales.

60. Esta observación sobre los delitos internacionales no tiene nada que ver con la cuestión de si es preciso prever excepciones a la inmunidad respecto de esos delitos. El orador cree que es preciso preguntarse en cada caso si el funcionario del Estado actuaba en ejercicio de funciones oficiales porque no se puede generalizar y decir que, en todos los casos, algunos actos siempre deben o no considerarse actos oficiales.

61. Como han señalado varios miembros, tratar de determinar qué constituye un acto oficial sin examinar la cuestión de las excepciones puede dar lugar a resultados insatisfactorios. El planteamiento de la Relatora Especial de que los crímenes de lesa humanidad son necesariamente actos oficiales requiere un análisis más exhaustivo que el que se hace en el informe. Por ejemplo, hay que tener en cuenta todas las implicaciones del fallo dictado en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*. En esta causa, que se refería a crímenes de lesa humanidad, el fallo de la Corte puede interpretarse, sin embargo, en el sentido de que, una vez concluido su mandato, el beneficiario de la inmunidad *ratione personae* puede ser enjuiciado, o al menos de que es posible un enjuiciamiento. ¿Cómo conciliar esta posición con el planteamiento según el cual, al tratarse de un acto oficial, la inmunidad debe seguir existiendo tras la terminación del mandato con arreglo a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6? Se trata de importantes cuestiones que es necesario estudiar con detenimiento.

62. En conclusión, el orador dice que el proyecto de artículo 6, incluido su párrafo 3, debería remitirse al Comité de Redacción, al igual que el apartado *f* del proyecto de artículo 2, en el entendimiento de que esta disposición debe modificarse para que deje de exigir que el acto constituya un crimen y de que la Comisión no aprobará comentarios que prejuzguen el debate sobre las excepciones a la inmunidad en relación con los delitos internacionales.

63. El Sr. MURPHY afirma, como observación general, que el informe que se examina se centra fundamentalmente en la definición de «acto realizado a título oficial» y que el análisis de esta cuestión se basa principalmente en casos relativos al ejercicio de la jurisdicción civil, cuando el tema trata de la inmunidad de jurisdicción penal. A este respecto, la metodología del cuarto informe es la misma que la del tercero, que consideraba la jurisprudencia civil pertinente «a la hora de identificar a aquellas personas que los Estados consideran como cubiertas por alguna forma de inmunidad de jurisdicción»[262]. En este caso se aplica la misma lógica, que se basa en la hipótesis de que, para determinar qué constituye un «acto oficial», es indiferente que se ejerza la jurisdicción civil o penal. Si bien probablemente esto es cierto, no hay que olvidar que, para un acto o una operación determinados, es posible que en un sistema nacional concreto la inmunidad varíe en función de que la acción se dirija contra un soberano extranjero, contra una persona física en un contexto civil o contra una persona física en un contexto penal. Desde este punto de vista, habrá que proceder con cautela al aplicar la jurisprudencia y tener debidamente en cuenta el contexto en el que se acuerda o deniega la inmunidad. Huelga decir a este respecto que al orador le parece oportuno que se invoque la jurisprudencia de los Estados Unidos.

64. Por lo que respecta al apartado *f* del proyecto de artículo 2, que define la expresión «acto realizado a título oficial», el cuarto informe analiza tres características consideradas importantes a los efectos de esta definición: primero, el acto debe ser atribuible al Estado; segundo, debe ser de naturaleza penal; y, tercero, debe ser «una manifestación de la soberanía, constituyendo una forma

[262] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673, pág. 89, párr. 29.

de ejercicio de atribuciones del poder público». La primera característica, relativa a la atribución, no figura en la definición, y parece que la Relatora Especial consideró acertadamente que la atribución del acto al Estado no es una característica útil para determinar qué constituye un acto oficial.

65. Con arreglo a la segunda característica, para ser un acto oficial, el comportamiento debe, por su contenido, constituir un delito. El orador considera que este planteamiento es problemático porque da lugar a un resultado absurdo: definir todos los actos realizados a título oficial como constitutivos de delito.

66. Además, en el momento en que la inmunidad se acuerda o deniega no se sabe si el acto en cuestión es de naturaleza penal. Se puede tomar como ejemplo la siguiente situación: el Gobierno de los Estados Unidos crea una escuela en un país donde tiene una importante presencia diplomática, consular, militar y económica y donde los hijos de sus funcionarios deben recibir clases en inglés. La escuela pertenece al Gobierno de los Estados Unidos y está financiada por este. Uno de los maestros de la escuela, en una clase de educación cívica, critica al Primer Ministro del país anfitrión por denegar a las niñas igualdad de oportunidades en materia de educación. Al tener conocimiento de esta declaración, un fiscal local decide acusar al docente de criticar al gobierno, hecho tipificado como delito, y proceder a su detención. ¿Goza el maestro de inmunidad? Para determinar si las críticas proferidas por el maestro constituyeron un «acto realizado a título oficial» no parece necesario preguntarse si, por su contenido, el acto era constitutivo de delito. No se sabe, y solo se sabrá en una etapa ulterior del procedimiento, cuando el juez o el jurado se pronuncien. Todo lo que se puede hacer en un primer momento es preguntarse si la persona en cuestión es un funcionario del Estado y si representaba al Estado o ejercía funciones estatales cuando criticó al Primer Ministro, en cuyo caso tal vez tenga derecho a la inmunidad. Por ello, el orador cree que convendría suprimir la segunda parte de este proyecto de definición y abandonar la idea de que un «acto realizado a título oficial» debe, por su contenido, ser constitutivo de delito.

67. En cuanto al tercer elemento, la definición propone utilizar la fórmula «acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de atribuciones del poder público». Para el orador, la palabra «atribuciones» no está clara y la expresión «del poder público» parece eludir la cuestión. Dicho de otro modo, esta definición no indica qué se entiende por «poder público» ni ofrece ninguna explicación. Sería preferible referirse a un «acto realizado por un funcionario del Estado cuando representa al Estado o cuando ejerce funciones estatales» de conformidad con la definición de la expresión «funcionario del Estado» que la Comisión ha aprobado en el apartado *e* del proyecto de artículo 2. De hecho, cuando aprobó esta definición, la Comisión rechazó deliberadamente la expresión «atribuciones del poder público»[263] y el orador no comprende por qué la Relatora Especial trata de reintroducirla en este caso. Si se requiere una definición, el apartado *f* del proyecto de artículo 2 debería decir lo siguiente:

> «Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado cuando representa al Estado o cuando ejerce funciones estatales.»

68. En cuanto al proyecto de artículo 6 relativo al alcance de la inmunidad *ratione materiae*, el análisis de esta disposición en el cuarto informe es sucinto, ya que solo ocupa unos párrafos. Si bien el orador suscribe en términos generales el contenido del proyecto de artículo, desea formular algunas observaciones sobre el texto.

69. El párrafo 1 del proyecto de artículo 6 dispone que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* «tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato». Si bien en español y en los otros idiomas los equivalentes de las expresiones «*in office*» y «*term of office*» son satisfactorios, en inglés esas palabras tienen una acepción más restringida y, por lo general, solo designan a los altos funcionarios, y a veces únicamente a los titulares de mandatos. Así pues, sería normal referirse al «*term of office*» del Secretario de Transportes de los Estados Unidos, pero no al «*term of office*» de los funcionarios de categoría inferior, por ejemplo de los agentes encargados de su seguridad. Es cierto que las palabras «*office*» y «*term of office*» figuran en el proyecto de artículo 4, pero se refieren a un grupo particular de altos funcionarios del Estado, a saber, los miembros de la troika. Se podrían proporcionar explicaciones a este respecto en el comentario, pero el orador desearía que se encontraran para el texto inglés expresiones que no tuvieran una connotación tan restringida. Así, la última parte del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 podría decir: «*while they are representing the State or exercising State functions, and thereafter*». Podría hacerse un ajuste similar en el párrafo 2 del proyecto de artículo.

70. Por lo que respecta al párrafo 3 del mismo proyecto de artículo, el orador considera que la palabra «antiguos» no es acertada en este caso, ya que lleva a creer que, cuando están en ejercicio, los miembros de la troika no gozan de inmunidad *ratione materiae.* Ahora bien, sí que la tienen, puesto que son «funcionarios del Estado», y como tales quedan abarcados por el párrafo 1 del proyecto de artículo 6. No basta decir que los miembros de la troika no necesitan esta inmunidad porque gozan de inmunidad *ratione personae*. Esta inmunidad es, en algunos aspectos, mucho menos eficaz que la inmunidad *ratione materiae*, ya que esta última constituye un medio de defensa absoluto en materia penal y civil mientras la persona de que se trate se encuentre en ejercicio del cargo, habida cuenta de que su invocación hace que se ponga definitivamente fin al proceso y no solamente que se suspenda la acción penal mientras el interesado sigue desempeñando su cargo. Por tanto, el orador propone que se suprima la palabra «antiguos» las tres veces que aparece en el párrafo 3 o, de acuerdo con la observación del Sr. Tladi de que el párrafo 3 no es necesario, que este se suprima y se aborde la cuestión en el comentario.

71. El capítulo II del cuarto informe, titulado «Plan de trabajo futuro», indica que en el quinto informe se abordará la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y en el sexto informe las cuestiones de procedimiento. El orador desearía que la Relatora

[263] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 157 (párrafo 11 del comentario del proyecto de artículo 2).

Especial abordase al mismo tiempo las excepciones y las cuestiones de procedimiento en su quinto informe, ya que están claramente relacionadas. Por ejemplo, cabe pensar que, por lo general, se reconoce que el levantamiento de la inmunidad por el Estado da lugar a una excepción a la inmunidad. No obstante, el levantamiento de la inmunidad plantea importantes cuestiones de procedimiento, como si debe ser explícito o puede ser implícito y quién tiene competencia para tomar la decisión. Se trata sin duda de cuestiones complejas y la Comisión puede aprovechar en este contexto los excelentes informes elaborados por el Sr. Kolodkin[264] y el estudio de la Secretaría[265].

72. Cuando elabore su próximo informe, la Relatora Especial seguramente tendrá en cuenta las opiniones expresadas por los Estados y la información que han facilitado. En el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, 38 Estados formularon observaciones en la Sexta Comisión sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, y 8 de ellos hicieron alusión a la cuestión de las excepciones. Por ejemplo, Cuba pidió prudencia y declaró que la Comisión «debe codificar las normas de derecho internacional existentes para evitar la peligrosa inclusión en el derecho consuetudinario de excepciones a la inmunidad»[266]. Tailandia declaró que «no deb[ía] haber excepciones a la inmunidad de un Jefe de Estado»[267]. Los Estados Unidos afirmaron que «la renuncia [al levantamiento de la inmunidad] tal vez sea la única excepción a la inmunidad *ratione personae*»[268]. China indicó que «aunque la comunidad internacional ha determinado que el genocidio, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales graves, no ha desarrollado normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la falta de respeto de la inmunidad de los funcionarios del Estado en esos delitos»[269]. El Reino Unido señaló, en relación con la inmunidad *ratione personae*, que «el estado actual del derecho internacional requ[ería] un enfoque muy restrictivo» e hizo hincapié «en la importancia de analizar con sumo cuidado la práctica pertinente de los Estados y la jurisprudencia»[270].

73. Aparte de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión, unos diez Estados también dirigieron observaciones escritas a la Comisión. Algunas de ellas son muy interesantes y merecen un examen, ya que recogen matices considerables. Por ejemplo, los Países Bajos afirman que no hay excepción a la inmunidad *ratione personae* en derecho internacional y declaran lo siguiente: «Según la opinión dominante en derecho internacional, la inmunidad personal es absoluta ya que, a ese respecto, las buenas relaciones entre los Estados y la estabilidad internacional prevalecen sobre el castigo de los autores de delitos internacionales»[271]. También afirman que, aunque hayan sido acusados de haber cometido un delito internacional grave, los funcionarios del Estado siguen gozando de inmunidad en aplicación de los tratados en vigor en los Países Bajos, al igual que sucede con los miembros de las misiones oficiales en virtud del derecho internacional consuetudinario. Al mismo tiempo, otros funcionarios del Estado acusados de delitos graves pueden no gozar de inmunidad *ratione materiae*. Más concretamente, los Países Bajos sostienen que «existe una marcada tendencia a hacer prevalecer la sanción de los delitos internacionales por encima de la inmunidad funcional» y que esta tendencia «es fuerte aunque aún no está totalmente establecida»[272]. Por ello, señalan que «la inmunidad funcional de que gozan las personas en cuestión una vez concluido su mandato probablemente no impide a los tribunales neerlandeses ejercer su competencia si existen fundadas sospechas de que los interesados han cometido un delito internacional. Toda decisión definitiva a ese respecto incumbe a los tribunales»[273].

74. Asimismo, Polonia indica que la inmunidad *ratione personae* es absoluta. En cuanto a la inmunidad *ratione materiae*, afirma lo siguiente: «En el caso de las excepciones basadas en el derecho consuetudinario, la única claramente establecida es el levantamiento de la inmunidad por el Estado en cuyo nombre actúa el funcionario. No cabe duda de que existe una tendencia cada vez mayor a excluir la inmunidad *ratione materiae* en el caso de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o la tortura. Esta tendencia se basa en la convicción de que los autores de los crímenes internacionales más graves no pueden quedar impunes. […] No obstante, en la actualidad esta excepción no se puede considerar una norma de derecho internacional consuetudinario bien establecida. Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional muestran claramente que los Estados tienen opiniones y prácticas diferentes a este respecto. La jurisprudencia de los tribunales internos no es uniforme y la de la Corte Internacional de Justicia es matizada»[274].

75. Así pues, las respuestas dirigidas por los gobiernos a la Comisión son muy interesantes, no solo en lo que respecta a la práctica interna de cada uno de ellos sino también en lo tocante a su opinión sobre la situación del derecho internacional. Sin duda la Relatora Especial querrá tenerlas en cuenta para elaborar su próximo informe.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

---

[264] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

[265] Documento A/CN.4/596 y Corr. 1, mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones (2008); el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte).

[266] A/C.6/69/SR.23, párr. 80.

[267] A/C.6/69/SR.24, párr. 58.

[268] Ibíd., párr. 67.

[269] A/C.6/69/SR.23, párr. 53.

[270] Ibíd., párr. 36.

[271] Comentarios de los Países Bajos, pág. 2, documento mimeografiado (en inglés únicamente), disponible en el sitio web de la Comisión, en la página dedicada al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en la sección *Comments by Governments*.

[272] Ibíd., pág. 3.

[273] Ibíd.

[274] Comentarios de Polonia, págs. 13 y 14, documento mimeografiado (en inglés únicamente), disponible en el sitio web de la Comisión, en la página dedicada al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en la sección *Comments by Governments*.

3273ª SESIÓN

Martes 21 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. PARK dice que el retraso en la traducción de los informes del presente período de sesiones ha creado problemas. Los miembros de la Comisión recibieron la versión española del cuarto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686) el 18 de junio de 2015, pero el orador no entiende el español y tuvo que esperar hasta julio a que se distribuyera la versión francesa o inglesa. El próximo año quisiera disponer de tiempo suficiente para leer el informe de la Relatora Especial y reflexionar sobre él, especialmente dado que en el quinto informe se analizará la cuestión políticamente muy sensitiva de los límites y excepciones a la inmunidad.

2. Pasando a considerar el fondo del informe de la Relatora Especial, el orador dice que el enfoque metodológico adoptado es en general apropiado en vista de la finalidad del informe; no obstante, sería útil que la Relatora Especial aclarase su posición con respecto al valor de la legislación nacional para identificar un «acto realizado a título oficial». Cuando indica, en el párrafo 32 de su cuarto informe, que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de dicha expresión, tal vez subestime la importancia de esa legislación, si se tiene presente que, como ella misma señala en el párrafo 49, los tribunales nacionales son los que, basándose en el derecho interno, tienen que resolver los casos relativos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

3. En el párrafo 21 de su cuarto informe, la Relatora Especial enumera tres condiciones para que un individuo se pueda beneficiar de la inmunidad *ratione materiae*: que ese individuo pueda ser considerado como funcionario del Estado; que, en condición de tal, haya realizado un acto a título oficial; y que haya realizado dicho acto durante su mandato. A continuación, dedica mucho esfuerzo a determinar los criterios identificativos de un «acto realizado a título oficial». Probablemente, el aspecto más dificultoso de un estudio de este género sean el examen y la categorización de la práctica de los Estados. Además, no es abundante la práctica judicial internacional que se refiere directamente a la inmunidad *ratione materiae*, en especial con respecto al significado de un «acto realizado a título oficial», aunque algunos elementos de la jurisprudencia internacional guardan relación con esta cuestión. Es más, como se indica en los párrafos 50 a 58 del informe, la práctica judicial nacional no es uniforme. Es probable que estas dificultades entorpezcan la identificación de un «acto realizado a título oficial».

4. El orador comparte los temores expresados por otros miembros de la Comisión con respecto a la conclusión a que llega la Relatora Especial, en el párrafo 95 de su informe, de que a los efectos del tema examinado uno de los caracteres de un «acto realizado a título oficial» es la naturaleza penal de ese acto. Parece así dar a entender que el «acto realizado a título oficial» en cuestión es necesariamente un acto ilícito, lo cual es contrario al principio de la presunción de inocencia.

5. Con respecto a la cuestión de la atribución del acto al Estado, el quid de la cuestión es determinar si existe un vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario que haga posible calificar el acto como un acto realizado a título oficial. El orador está de acuerdo con el enfoque adoptado por la Relatora Especial, basado en las normas de atribución de un comportamiento al Estado enunciadas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[275]. Sin embargo, tiene varias preguntas acerca de la afirmación que hace en el párrafo 112 de que los criterios contenidos en los artículos 7 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad no son idóneos a los efectos de la inmunidad de los funcionarios del Estado.

6. En primer lugar, en lo que respecta a los actos *ultra vires*, a los que se refiere el artículo 7 (Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en la primera parte del párrafo 113 de su cuarto informe la Relatora Especial parece dar a entender que los actos *ultra vires* incluyen actos realizados por funcionarios en beneficio propio. En cambio, en el párrafo 55 de su informe, al referirse a actos que exceden los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado, parece atenerse al mismo sentido que se da a un acto *ultra vires* en el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Uno puede preguntarse si todos los actos realizados a título privado pueden considerarse actos *ultra vires*. A este respecto, la Relatora Especial debería aclarar el alcance de los actos *ultra vires* en comparación con el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

---

[275] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

7. En segundo lugar, en lo que concierne a los funcionarios *de facto*, conviene recordar que, en el 66º período de sesiones de la Comisión, la mayoría de los miembros de la Comisión consideraron que el vínculo entre el individuo y el Estado no debía interpretarse de forma tan amplia que abarcase a todos los funcionarios *de facto*. La Relatora Especial afirma en el párrafo 112 de su cuarto informe que los criterios establecidos en los artículos 8 (Comportamiento bajo la dirección o control del Estado) y 9 (Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no son idóneos a los efectos de la inmunidad; además, indica en el párrafo 114 que el concepto de funcionario del Estado se perfila más correctamente si se excluye a los individuos que habitualmente son considerados como funcionarios *de facto*. Sin embargo, una lectura cuidadosa del párrafo 114 deja entrever que la Relatora Especial en realidad acepta la inmunidad de algunos funcionarios *de facto*, puesto que cita la conclusión a la que llegó la Corte Internacional de Justicia 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)* de que el control directo es el criterio para decidir si un acto cometido por un individuo a falta de un vínculo oficial con el Estado ha de ser atribuido a ese Estado. Basándose en la decisión de la Corte, la Relatora Especial reconoce que los actos de individuos bajo el control directo del Estado son atribuibles al Estado aunque los individuos en cuestión no sean funcionarios *de iure*.

8. En consecuencia, existe una aparente contradicción entre los párrafos 112 y 114 del cuarto informe de la Relatora Especial. Parece que el argumento expuesto en el párrafo 112 se basa en un concepto amplio de funcionarios *de facto*, que comprende tanto a los individuos que actúan bajo el control directo del Estado como a los que simplemente actúan por instigación y por instrucciones del Estado; es de suponer que esta es la razón por la cual estima que los artículos 8 y 9 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no son idóneos a los efectos de la inmunidad. Pero, en realidad, los artículos 8 y 9 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se basan en un concepto restrictivo de funcionarios *de facto*, puesto que los individuos que actúan por instigación o por instrucciones del Estado no siempre son considerados como funcionarios *de facto* en el contexto de esos dos artículos, como se explica en el comentario de la Comisión relativo al artículo 8. Por consiguiente, la Relatora Especial debería aclarar su posición con respecto a los funcionarios *de facto*. También sería útil conocer si tiene algún motivo en particular para preferir la expresión «control directo», que refleja la terminología del fallo, en vez de la expresión «control efectivo» empleada en el comentario del artículo 8 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

9. Con respecto al proyecto de artículo 2 *f*, propuesto por la Relatora Especial, el orador quisiera ante todo sugerir que se sustituyan las palabras «un crimen» por «un acto», a fin de evitar una presunción de incriminación, que es contraria al principio de la presunción de inocencia. En segundo lugar, propone que se sustituya la expresión «en ejercicio de atribuciones del poder público» por «en ejercicio de funciones estatales», puesto que la Comisión había optado anteriormente por la expresión «funciones estatales» en lugar de varias otras expresiones propuestas. En tercer lugar, propone que se reemplace «Estado del foro» por el plural «Estados del foro», ya que varios Estados podrían pretender ejercer su jurisdicción penal respecto de determinado funcionario del Estado, como en el caso *Pinochet*.

10. El contenido del proyecto de artículo 6, párrafo 3, que propone la Relatora Especial está comprendido en el párrafo 1 del mismo artículo y parece obvio. No tiene otro objeto que poner de relieve el hecho de que la inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores.

11. En cuanto al futuro programa de trabajo, el orador recuerda que el tema se puede abordar desde una doble perspectiva. Mientras que algunos miembros de la Comisión consideran que el propósito de la inmunidad es garantizar el respeto de la soberanía estatal, otros sostienen que la protección de los valores de la comunidad internacional ha de tenerse en cuenta al aplicar el régimen de la inmunidad. Si el tema se aborda desde la primera perspectiva, huelga decir que se debe otorgar la inmunidad; en cambio, desde la segunda perspectiva, las limitaciones a la inmunidad pueden estar justificadas en caso de que determinado acto menoscabe los valores de la comunidad internacional. Esta diferencia de perspectivas será evidente cuando la Comisión examine la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad en su próximo período de sesiones; la posición que tome la Relatora Especial al preparar su quinto informe tendrá consecuencias significativas, en particular vistas la escasez y falta de coherencia de la práctica pertinente. Por consiguiente, la Comisión tiene que reflexionar sobre lo que debe hacer para conseguir un resultado satisfactorio. Será esencial que la Comisión logre preservar el equilibrio entre *lex lata* y *lex ferenda* en su labor futura.

12. El orador está de acuerdo en que se remitan al Comité de Redacción los dos proyectos de artículo propuestos.

13. El Sr. NOLTE conviene con la Relatora Especial en que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es importante, pero que tal distinción no significa que las dos categorías de inmunidad no tengan elementos en común, especialmente con relación a la dimensión funcional de la inmunidad en sentido amplio. Uno de esos elementos en común es el respeto del principio de la soberanía de los Estados, representado por la máxima *par in parem non habet imperium*, que la Relatora Especial denomina «criterio […] de naturaleza teleológica». Ese criterio no solo se aplica a la inmunidad *ratione materiae*, sino que es el fundamento en que descansan todas las formas de inmunidad relacionadas con el Estado. Esto no es una cuestión menor en cuanto a la pregunta formulada en el párrafo 103, a saber, ¿qué es antes: la inmunidad del Estado como una consecuencia de la inmunidad funcional o la inmunidad funcional como corolario de la inmunidad del Estado? Para el derecho vigente, la respuesta a esa pregunta es que el Estado puede renunciar a la inmunidad de uno de sus funcionarios, pero

no viceversa. Además, si bien hay que tener en cuenta la distinción entre inmunidad civil y penal, ambas formas de inmunidad tienen el mismo origen.

14. Una distinción completamente diferente, en la que es preciso insistir, es la que hay que hacer entre derecho internacional y derecho nacional en materia de inmunidad. Cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos falló en el asunto *Samantar c. Yousuf* que un funcionario del Estado no podía considerarse incluido en el concepto de «Estado extranjero», estaba interpretando la legislación interna, es decir, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley sobre la Inmunidad de los Estados Extranjeros) de los Estados Unidos, pero dicha Ley no emitía ni tenía por objeto emitir necesariamente ningún juicio acerca de las normas consuetudinarias de derecho internacional sobre la inmunidad.

15. En lo que se refiere a la estructura del cuarto informe, el orador, aunque impresionado por la abundancia de la información que la Relatora Especial ha asimilado, se pregunta por qué faltan en buena parte datos sobre la práctica legislativa y ejecutiva de los Estados. También cabía esperar que la práctica judicial internacional y la práctica anterior de la Comisión vinieran primero en el análisis de la información.

16. El orador no comparte la opinión de que es posible distinguir claramente entre el concepto de «funcionario del Estado», tal como se define en el artículo 2 *e*[276] mediante la expresión «que ejerce funciones estatales», y el concepto de un «acto realizado a título oficial». Sin embargo, apoya la distinción entre un «acto realizado a título oficial» y un «acto realizado a título privado» y la opinión de que la distinción entre ellos no guarda ninguna relación con la distinción entre actos lícitos e ilícitos.

17. No obstante, como otros miembros, el orador no comprende el razonamiento en el que la Relatora Especial basa su afirmación de que tanto los actos oficiales como los privados se presumen —por definición— ilícitos en términos penales, por diversas razones. En primer lugar, esa afirmación equivaldría a decir que los funcionarios del Estado siempre cometen delitos cuando actúan en ejercicio de sus funciones oficiales. En segundo lugar, cuando una persona a la que se imputa un delito es puesta a disposición judicial, lo primero que debe hacer el tribunal es determinar si es competente. Solo después el tribunal procederá a determinar, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, si se ha cometido un delito; de resultas de esas actuaciones, la persona acusada puede muy bien quedar absuelta por haberse resuelto que los actos en cuestión no eran ilícitos desde el punto de vista penal. En tercer lugar, y lo que es más importante, el propósito del derecho internacional sobre la inmunidad es precisamente que un tribunal nacional constate, con arreglo a criterios neutrales, si un determinado funcionario o acto entra dentro de los límites de su competencia. Si la licitud o la ilicitud del acto fuera un criterio pertinente para establecer la competencia o la inmunidad del Estado, incluida la inmunidad de los funcionarios públicos *ratione personae* o *ratione materiae*, la totalidad del cuerpo de normas jurídicas sería superfluo. La propuesta del Sr. Park de sustituir por «acto» el término «crimen» en el proyecto de artículo 2 *f* propuesto no constituiría una solución, ya que los actos realizados a título oficial continúan sin ser necesariamente actos «respecto [de los] que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal».

18. No convencen al orador las explicaciones que da la Relatora Especial en los párrafos 96 a 110 de su cuarto informe acerca de la supuesta naturaleza penal de un acto realizado a título oficial. Aunque puede ser cierto que todo acto delictivo se caracteriza por su naturaleza personalísima, tales actos son solo una mínima parte de todos los actos imaginables realizados a título oficial. Además, el hecho de que un acto realizado a título oficial pueda ser también un acto delictivo cometido por el funcionario a título personal no afecta a la naturaleza oficial del acto. Por esta razón, el orador no está de acuerdo con la afirmación que hace la Relatora Especial en el párrafo 97 de que «el acto delictivo que puede quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no es, en sentido estricto, un acto propio del Estado sino del individuo que realiza el acto». En su opinión, ese acto puede ser tanto un acto del Estado, atribuible a este, como un acto atribuible a la persona. La cuestión decisiva es si el acto, como acto realizado por la persona a título oficial, da lugar a inmunidad *ratione materiae*. El orador no pone en duda la afirmación citada en el párrafo 99 de que «la cuestión de la responsabilidad individual es, en principio, distinta a la cuestión de la responsabilidad del Estado», pero ello no resuelve la cuestión decisiva de la relación entre las dos formas de responsabilidad y su relación con las normas internacionales sobre la inmunidad.

19. El orador apoya la postura de la Relatora Especial según la cual el hecho de que un acto determinado sea un delito internacional no excluye la posibilidad de que sea también un acto realizado a título oficial; cabe decir lo mismo de los actos supuestamente realizados *ultra vires*. Los casos de corrupción pertenecen a otra categoría, porque se pueden caracterizar no tanto por su ilegalidad como por su manifiesto carácter o motivación privados. Por esas mismas razones, sin embargo, propone que se suprima el proyecto de artículo 2 *f*, tal como está redactado. Su conclusión sobre el porqué de la afirmación, que el orador considera incorrecta, que hace la Relatora Especial en el proyecto de artículo de que un acto realizado a título oficial, por su contenido, constituye un crimen es que ha combinado la cuestión de lo que constituye un acto realizado a título oficial con la cuestión mucho más general de sobre qué actos un Estado puede ejercer su jurisdicción penal.

20. En el párrafo 32, la Relatora Especial dice que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración a los efectos de determinar si un acto se realiza a título oficial, dadas las considerables diferencias que puede haber entre las legislaciones de los distintos Estados. El orador está de acuerdo con ella por cuanto los Estados no son totalmente libres de determinar cuáles son los actos que sus funcionarios realizan a título oficial y cuáles a título privado. Por lo demás, los Estados pueden determinar libremente el alcance de su propia inmunidad, o la inmunidad de sus funcionarios, ante los tribunales extranjeros. Por otra parte, es innegable que, en derecho

[276] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 155.

interno, algunos Estados consideran que determinados actos, como el control del tráfico aéreo, son actos privados, mientras que otros consideran que los mismos actos son oficiales. La cuestión de hasta qué punto un Estado puede determinar el ámbito de actividades que considera como oficiales constituye, a juicio del orador, el contenido esencial de la materia estudiada. Sin embargo, dadas las circunstancias, la Comisión quizás debería dejar que la decisión se tome en cada caso particular y ofrecer algún tipo de orientación general.

21. La Relatora Especial también aborda en el informe las cuestiones de atribución, tomando como punto de partida la necesidad de interpretar los criterios de atribución que garantizan que la institución de la inmunidad no se convierta en un mecanismo para eludir la responsabilidad. El orador, aunque no cuestiona la pertinencia de las cuestiones de atribución, considera que la posibilidad de eludir la responsabilidad no es el punto de partida adecuado. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia estatuyó: «[Las normas] que rigen la inmunidad del Estado son de naturaleza procesal y buscan determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer su jurisdicción frente a otro. No tienen ninguna incidencia en la cuestión de saber si el comportamiento por el cual se iniciaron las acciones era lícito o ilícito» (párrafo 93 del fallo). Así pues, la naturaleza de las normas sobre la inmunidad no consiste en abordar la cuestión de la licitud de una actividad concreta, sino en establecer la jurisdicción de diferentes Estados. Un particular puede no ser juzgado por un tribunal determinado, pero ello no excluye de por sí la responsabilidad penal por ese acto ante otro órgano jurisdiccional.

22. Ahora bien, las normas de atribución según el derecho de la responsabilidad del Estado pueden ayudar a determinar si un acto verdaderamente se ha realizado a título oficial. El argumento expuesto por la Relatora Especial en los párrafos 115 y 117 de su cuarto informe, según el cual ciertas formas de atribución retroactiva de actos en virtud de los artículos 9 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos quizás no constituyan actos realizados a título oficial a los efectos de determinar la inmunidad *ratione materiae*, es plausible. Sin embargo, el orador duda que pueda decirse lo mismo de los actos de personas que actúan por cuenta del Estado sin formar parte de la estructura estatal, como se examina en el párrafo 114. Dado que la práctica estatal y los precedentes judiciales pertinentes son escasos a este respecto, la Comisión tal vez debería limitarse a formular algunas observaciones generales.

23. La Relatora Especial trata de definir el concepto de acto realizado a título oficial aplicando «un criterio adicional de naturaleza teleológica». El orador conviene en principio en que, como la inmunidad *ratione materiae* tiene por objeto garantizar el respeto del principio de la igualdad soberana de los Estados, los actos a que ampara esa inmunidad también deben tener una conexión con la soberanía que, en última instancia, se pretende salvaguardar. No obstante, la Comisión no debería tratar de definir la esencia de la soberanía; lo importante es distinguir entre los actos realizados a título oficial en ejercicio de una función pública o de las prerrogativas soberanas de un Estado y los que se limitan a promover un interés privado. Además, la expresión «en ejercicio de atribuciones del poder público» es demasiado restrictiva, ya que puede interpretarse en el sentido de «estatal» a diferencia de «administrativo».

24. Desgraciadamente, la Relatora Especial no explica en mayor detalle lo que el «criterio adicional de naturaleza teleológica» implica con respecto a diferentes situaciones, sino que se concentra en la cuestión de si los crímenes internacionales podrían ser actos realizados a título oficial. El orador, si bien está de acuerdo con la afirmación que figura en el párrafo 124 del cuarto informe de que alegar que el crimen internacional es contrario al derecho internacional no es pertinente para calificar a un acto como realizado a título oficial, no lo está en que la naturaleza penal del acto constituya uno de los caracteres de todo acto realizado a título oficial. De forma más general, quizás sea útil remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo para una definición de «ejercicio del poder público».

25. En lo que concierne al plan de trabajo futuro, el orador pone en duda la conveniencia de abordar la cuestión de los límites y excepciones a las diferentes formas de inmunidad hasta que se hayan aclarado todas las cuestiones generales, incluidos los aspectos procesales de la inmunidad. La cuestión de las excepciones ha hecho sombra al debate de la Comisión sobre el tema desde un principio. Si bien es importante que los miembros sean conscientes de las consecuencias de determinados aspectos de la cuestión de las posibles excepciones, existe el peligro de que, si centran prematuramente la atención en ella, restrinjan su perspectiva respecto a importantes aspectos generales que guardan poca o ninguna relación con la cuestión de las excepciones. Ese peligro se ha hecho realidad en el presente debate sobre la definición de los actos realizados a título oficial. Habría que haber puesto mucho más de relieve los tipos de actividad que expresan suficientemente el poder público específico del Estado para que su inclusión en el ámbito de la inmunidad protegida esté justificada. El hecho de centrarse en este y otros aspectos generales del derecho internacional sobre la inmunidad no tiene que ir necesariamente en detrimento de la identificación de las posibles excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, de lo contrario existente. No obstante, las posibles excepciones deberían emanar de las fuentes generalmente reconocidas del derecho internacional, sobre la base, en particular, de las normas relativas a la identificación del derecho internacional consuetudinario. Si no, la Comisión debe dejar bien sentado que está proponiendo cambios en el derecho vigente a modo de desarrollo progresivo. Como la Comisión está resuelta a redactar unos artículos que sirvan de guía a los tribunales nacionales para la aplicación del derecho existente, es importante que señale claramente si sus proyectos de artículo y comentarios son *lex lata* o *lex ferenda*.

26. El orador agradecería que se le aclarase el comentario que formula la Relatora Especial en el párrafo 137 de su informe, según el cual la reciente sentencia del Tribunal Constitucional italiano relativa a la aplicación en Italia del fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales*

del Estado ha venido a añadir más complejidad al tema. A su modo de ver, el Tribunal Constitucional italiano no ha puesto en tela de juicio el fallo de la Corte Internacional de Justicia ni ha emitido ningún pronunciamiento sobre el derecho internacional, sino que se ha limitado a interpretar la Constitución italiana de manera que impida la ejecución del fallo en Italia. Quizás la Relatora Especial considera que la sentencia del Tribunal Constitucional menoscaba la autoridad del fallo de la Corte Internacional de Justicia con respecto a las cuestiones tratadas en relación con este tema, pero, conforme a la letra del texto, es evidente que no lo hace.

27. En conclusión, el orador recomienda que los proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

28. El Sr. ŠTURMA dice que la Relatora Especial ha elaborado un cuarto informe bien documentado y apoya la metodología adoptada. El elemento clave del informe es la definición del «acto realizado a título oficial», dado que las inmunidades *ratione materiae* son de naturaleza funcional y guardan relación con el ejercicio de atribuciones del poder público. El informe gira en torno a dos importantes cuestiones teóricas. La primera es la de si debe existir un vínculo entre el acto delictivo y las funciones oficiales de su autor. A primera vista, el informe parece contener algunas afirmaciones contradictorias. Por un lado, su análisis de las convenciones multilaterales, en los párrafos 66 y 67, pone de manifiesto que, de conformidad con determinadas convenciones, un acto cometido por un funcionario público es parte de la definición del delito. Por otro lado, como se explica en el párrafo 57, algunos tribunales nacionales estiman que los crímenes de derecho internacional no forman parte de las funciones del Estado y, por lo tanto, no pueden ser considerados como tales a efectos de la inmunidad. De igual modo, según el párrafo 58, en general los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en varios casos vinculados a la corrupción.

29. Sin embargo, esas afirmaciones no son realmente contradictorias; es importante distinguir claramente entre los planos prescriptivo y descriptivo del análisis. Desde el punto de vista prescriptivo, hay determinadas convenciones, en particular la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en virtud de las cuales la condición de funcionario público de los autores forma parte de la definición o es uno de los elementos de los crímenes. Por consiguiente, no se puede negar la condición de funcionario público del autor, aunque ello no signifique necesariamente un reconocimiento automático de la inmunidad, puesto que el objeto mismo de esas convenciones es investigar y castigar crímenes atroces cometidos por funcionarios públicos o con su consentimiento.

30. Desde el punto de vista descriptivo, varios otros instrumentos, entre ellos la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no incluyen la condición de funcionario público del autor como elemento de la definición del crimen, aunque en la mayoría de los casos tales crímenes son cometidos por personas a título oficial.

31. Para el tema que se examina, sin embargo, los crímenes en cuestión solo son pertinentes si implican actos realizados por funcionarios del Estado que actúen en calidad de tales, puesto que esas son las únicas circunstancias en que se puede invocar la inmunidad *ratione materiae*.

32. La segunda cuestión teórica se refiere a la atribución. El orador celebra que la Relatora Especial haya enmarcado esta cuestión en el contexto más amplio de los trabajos anteriores de la Comisión sobre el derecho penal internacional y la responsabilidad del Estado y las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos. Evidentemente, cualquier acto realizado a título oficial por un funcionario del Estado es atribuible tanto a la persona (para la determinación de la responsabilidad penal individual) como al Estado (para la determinación de la responsabilidad penal del Estado). Por consiguiente, el orador apoya el modelo de la Relatora Especial de un mismo acto que entraña una doble responsabilidad.

33. El orador conviene con la Relatora Especial en que no todos los criterios de atribución enunciados en los artículos 4 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos son pertinentes al tema de la inmunidad. El concepto de actos realizados a título oficial evidentemente abarca el comportamiento de los órganos del Estado (art. 4), el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público (art. 5) y el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado (art. 6). También está de acuerdo con su análisis, lleno de matices, de la aplicabilidad del criterio enunciado en el artículo 9; como la inmunidad por el comportamiento observado en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales no se ha invocado nunca en la práctica, se trata de un supuesto teórico. En cambio, el comportamiento de personas atribuido a veces al Estado en virtud de los artículos 8, 10 y 11 no constituye un acto realizado a título oficial respecto del cual las personas que lo realizan gocen de inmunidad.

34. La Relatora Especial tiene razón al pensar que los motivos de los autores de actos *ultra vires* (art. 7) han de tenerse en cuenta. Cuando tales actos se cometen en beneficio propio, como el tráfico de drogas, el enriquecimiento personal, la corrupción y otros actos por el estilo, no es probable que los tribunales los consideren actos oficiales a los que se extiende la inmunidad *ratione materiae*, mientras que los crímenes de derecho internacional podrían ser considerados como actos oficiales cuando las personas que los hayan cometido crean haber actuado en ejercicio de sus funciones oficiales, aunque se hayan excedido en su competencia o hayan contravenido sus instrucciones. Sin embargo, por las razones expuestas por oradores anteriores, esos crímenes podrían igualmente bien encuadrarse en la categoría de las excepciones a las que no se extiende la inmunidad.

35. Por todos esos motivos, el orador apoya la disposición esencial del proyecto de artículo 6, párrafo 2, según la cual la inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente

a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo, aunque la versión inglesa de ese texto quizás requiera alguna modificación, en la inteligencia de que la Relatora Especial abordará las excepciones a la inmunidad en su próximo informe. Ahora bien, parece innecesario, en el proyecto de artículo 2 *f*, incluir una referencia a «crimen» en la definición del acto realizado a título oficial. Además, un acto no es un crimen en razón de su naturaleza, sino porque ha sido tipificado como tal por el derecho internacional o nacional.

36. El orador recomienda que se remitan ambos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

37. El Sr. CAFLISCH felicita a la Relatora Especial por su admirable cuarto informe. Se pregunta si no sería más prudente referirse a la «conducta» o el «comportamiento» en vez de a los «actos» de los funcionarios del Estado, puesto que la inacción también puede ser delictiva.

38. El proyecto de artículo 6, párrafo 1, deja claro un aspecto esencial, esto es, que si bien la inmunidad *ratione materiae* solo se aplica al comportamiento del presunto autor durante su mandato, esa inmunidad perdura indefinidamente para proteger a esa persona contra cualquier sanción incluso después de haber dejado de ser funcionario público. En principio, esa inmunidad es consecuencia de la inmunidad del Estado bajo cuya dirección ha actuado el funcionario. En el párrafo 2, se puede suprimir la palabra «únicamente». El párrafo 3 significa al parecer que, incluso después de que la inmunidad *ratione personae* de los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores haya expirado, esas personas siguen gozando de inmunidad *ratione materiae* por los actos que hayan realizado a título oficial.

39. La cuestión de la inmunidad *ratione materiae* se planteará *in limine litis*, o sea, al comienzo del proceso penal contra un funcionario del Estado, antes de la determinación del fondo o naturaleza penal del caso. Por esta razón, convendría reemplazar en el proyecto de artículo 2 *f* «constituye» por «constituya».

40. Es necesario dilucidar la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo. La responsabilidad del Estado es una cuestión de derecho internacional, mientras que la responsabilidad individual se rige, en principio, por el derecho interno. Aunque un individuo sea responsable penalmente, el comportamiento que conlleva tal responsabilidad puede haber sido inducido por el Estado y, por consiguiente, reunir los requisitos para invocar la inmunidad *ratione materiae* ante un tribunal extranjero. En este supuesto, coexistirán dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad penal del individuo y la responsabilidad internacional del Estado bajo cuya dirección ha actuado el individuo. Mientras que el individuo podrá ampararse en la inmunidad *ratione materiae*, no será así en el caso del Estado, excepto en la medida en que pueda invocar la inmunidad soberana ante un tribunal extranjero. Incluso en este caso, la responsabilidad del Estado sigue existiendo, aun cuando no pueda ser examinada por los tribunales del Estado del foro.

41. No hay ningún motivo para amparar contra la jurisdicción penal extranjera a personas que no pueden ser calificadas de funcionarios públicos, ni para proteger a funcionarios cuando no han actuado en beneficio del Estado al que sirven, sino en provecho propio. Aunque sea difícil definir en abstracto qué hay que entender por «atribuciones del poder público», sería útil que, en el comentario del proyecto de artículo 2, la Relatora Especial proporcionara el mayor número posible de ejemplos de situaciones en las que se determinó que los funcionarios que habían observado un comportamiento delictivo actuaron «en ejercicio de atribuciones del poder público» y ejemplos de situaciones en las que no ocurrió así.

42. El Sr. CANDIOTI dice que el debate en el presente período de sesiones ha girado en torno a los actos realizados a título oficial, mientras que los actos que tienen relevancia para el tema que se examina son crímenes amparados en la inmunidad *ratione materiae*, como excepción procesal a favor de un funcionario del Estado mismo al que se ha inculpado y procesado ante un tribunal competente de otro Estado.

43. Para determinar cuándo se aplica esa excepción, es necesario definir «crimen». Este es una violación del derecho penal del Estado que afirma su jurisdicción para castigar la violación. En la versión del texto en español, el concepto de «*crime*» se debería traducir como «delito» y no como «crimen». En el derecho argentino, un delito no se tipifica como un acto, sino como una conducta, un comportamiento o una acción que constituye una infracción de la ley penal. La inmunidad es una excepción procesal que se puede proponer cuando un Estado extranjero se considera competente para juzgar al funcionario de otro Estado por un delito cometido por esa persona. No es un privilegio, una prerrogativa ni una cuestión de *par in parem non habet imperium*. Esa idea está anticuada. Todo poder soberano y todo Estado se rige por el derecho de la comunidad internacional, que se funda en la Carta de las Naciones Unidas. También es necesario definir «jurisdicción penal». Por esa expresión se entiende la jurisdicción de los tribunales penales y otros órganos judiciales competentes para aplicar el derecho penal. El derecho penal, a su vez, es el conjunto de normas que definen las infracciones penales del derecho, incluidos los tratados internacionales. Preocupa al orador la confusión terminológica imperante. La relación entre inmunidad y responsabilidad tiene una importancia primordial. La inmunidad nunca puede significar impunidad.

Se levanta la sesión a las 16.30 horas.

3274ª SESIÓN

Miércoles 22 de julio 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, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Cooperación con otros órganos (*continuación*[*])

[Tema 13 del programa]

Declaración del Presidente de la Corte Internacional de Justicia

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Ronny Abraham, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, y le invita a dirigirse a la Comisión.

2. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) se felicita por este primer encuentro con los miembros de la Comisión desde que tomó posesión del cargo de Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Al recapitular las actividades llevadas a cabo por la Corte en el transcurso del año anterior, señala que esta ha actuado en dos causas. La primera consiste en una serie de solicitudes presentadas por las Islas Marshall contra las Potencias nucleares o Estados que presumiblemente poseen armas nucleares por presunto incumplimiento de las obligaciones relativas al cese de la carrera de armamentos nucleares y al desarme nuclear. Solo se inscribieron en el Registro General de la Corte las tres solicitudes presentadas contra el Reino Unido, el Pakistán y la India, respectivamente, puesto que solo estos Estados estaban vinculados por una declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte. Después de que la India y el Pakistán impugnaran la competencia de la Corte para conocer de la controversia suscitada, la Corte resolvió que la cuestión de su competencia debía ser dilucidada en primer lugar, motivo por el cual rogó a cada una de las partes que depositara una memoria sobre dicha cuestión. El Reino Unido opuso formalmente una excepción a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la solicitud, lo cual suspendió el procedimiento sobre el fondo. La Corte aún no se ha pronunciado sobre su competencia.

3. La Corte también ha conocido de una solicitud de Somalia contra Kenya por una controversia relativa a la delimitación marítima en el océano Índico. Dados los plazos fijados para depositar los alegatos escritos, es poco probable que la Corte se pronuncie sobre esta causa durante el año 2016. Asimismo, tres causas, dos de las cuales fueron acumuladas, se encuentran actualmente en fase de deliberación. En la primera, relativa a la *Obligación de negociar un acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Chile opuso una excepción de incompetencia que resolverá próximamente la Corte. Las dos causas acumuladas —*Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*— dieron lugar a vistas comunes, y se debería dictar un único fallo en los meses venideros.

4. Uno de los hechos más relevantes ocurridos en el año anterior fue el fallo dictado por la Corte en 2015 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, que cierra una serie de fallos relativos al conflicto en la ex-Yugoslavia. En este procedimiento, incoado en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, ambos Estados se acusaban mutuamente de haber cometido actos constitutivos del crimen de genocidio durante la primera mitad de la década de 1990. La Corte no deparó sorpresas a los observadores y concluyó que no se habían producido actos de genocidio, ni en un bando ni en el otro, fundamentalmente porque el elemento intencional del genocidio (*dolus specialis*), es decir, la voluntad de destruir total o parcialmente a un grupo humano como tal, no había sido acreditada ni por Croacia en su demanda principal ni por Serbia en su demanda reconvencional, demandas que fueron por consiguiente desestimadas.

5. Dos puntos de derecho de este fallo introdujeron novedades interesantes en las que merece la pena detenerse un instante. El primero guarda relación con la aplicación en el tiempo de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y las consecuencias que cabe extraer con respecto a los hechos alegados por Croacia, anteriores al 27 de abril de 1992, fecha de nacimiento de Serbia como Estado independiente. Conviene recordar a este respecto que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que Serbia no es el Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sino uno de sus Estados sucesores. Ahora bien, una parte de los hechos invocados por Croacia contra Serbia, que a su juicio constituían genocidio, tuvieron lugar antes del 27 de abril de 1992, motivo por el cual Serbia opuso una excepción de incompetencia *ratione temporis* alegando que en el momento en que se produjeron esos hechos no existía como Estado independiente y, por tanto, no podía estar obligada por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta excepción ya fue opuesta en 2008, pero la Corte se había reservado la cuestión en su fallo sobre la excepción preliminar y decidió retomarla en su fallo sobre el fondo.

6. Croacia invocó dos argumentos contra la excepción *ratione temporis* planteada por Serbia. El primero se desprendía del artículo 10, párrafo 2, de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[277], en virtud del cual los actos cometidos por un movimiento insurreccional o de otra índole que den lugar a un nuevo Estado son atribuibles a dicho Estado. Según Croacia, esta disposición formaba parte del derecho internacional consuetudinario y los delitos cometidos contra los croatas antes del 27 de abril de 1992 eran obra, al menos en parte, de milicias o grupos armados serbios que, si bien no tenían carácter estatal, se asimilaban a movimientos insurreccionales entendidos en el sentido del artículo 10, párrafo 2, y eran por consiguiente responsabilidad de Serbia. La Corte rechazó este argumento al apreciar que, incluso en el caso de que el artículo 10, párrafo 2, pudiera

[*] Reanudación de los trabajos de la 3268ª sesión.

[277] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

ser considerado declarativo del derecho internacional consuetudinario, extremo sobre el cual no se pronunció, y los actos de las milicias serbias fueran equiparables a los de un movimiento insurreccional o de otra índole en el sentido de dicha disposición, esta solo atribuía los actos en cuestión a Serbia, pero no le imponía obligación alguna. En efecto, Serbia nació como Estado independiente el 27 de abril de 1992, por lo que la Corte estimó que no estaba ni podía estar obligada por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el momento de los hechos alegados, de modo que, incluso si le fueran atribuidos esos hechos, no se le podría exigir responsabilidad por violación de la Convención.

7. El otro argumento aducido por Croacia contra la excepción de incompetencia *ratione temporis* opuesta por Serbia tenía su origen en la teoría de la sucesión de Estados en materia de responsabilidad. Croacia sostuvo que, a pesar de que los actos anteriores al 27 de abril de 1992 fueran imputables a la República Federativa Socialista de Yugoslavia, y no a Serbia, se podía exigir, no obstante, la responsabilidad de Serbia por vía de sucesión. La Corte no se pronunció sobre la validez de esta teoría y se limitó a constatar que esta planteaba serias cuestiones de hecho y de derecho, que no se excluía *a priori* que Serbia hubiera sucedido en la hipotética responsabilidad de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y que no era necesario resolver esas cuestiones a los efectos de establecer su competencia para examinar los hechos anteriores al 27 de abril de 1992. Por ello, la Corte rechazó la excepción de incompetencia *ratione temporis* opuesta por Serbia, si bien no hubo unanimidad al respecto entre los magistrados.

8. El otro aspecto interesante del fallo dictado por la Corte en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* tiene que ver con la articulación que hace entre el derecho internacional humanitario y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en lo concerniente a la alegación de Serbia, que afirmó que los bombardeos del ejército croata sobre las ciudades de Krajina eran constitutivos de actos de genocidio en el sentido de la Convención. La Corte tenía que determinar, antes de todo, si esos bombardeos fueron indiscriminados, es decir, si se lanzaron indistintamente contra objetivos militares y contra la población civil, o si se dirigieron específicamente a objetivos militares.

9. A este respecto, la Corte se remitió al fallo dictado por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina y otros*, en la cual el Tribunal concluyó que no se había demostrado que los bombardeos del ejército croata sobre las ciudades de Krajina hubieran sido indiscriminados, pese a haber ocasionado víctimas civiles. De ese modo, la Corte se mantuvo en la misma línea que había adoptado en 2007 en el fallo dictado 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)*, dando de nuevo el debido peso a las conclusiones sobre los hechos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. La Corte no estimaba estar en condiciones de establecer hechos de esa naturaleza y mucho menos de ir en contra de las conclusiones fácticas del Tribunal, que a juicio de la Corte debían considerarse el reflejo de la realidad de los hechos, salvo en el caso excepcional en el que hubiera serias razones para ponerlas en duda. Es cierto que en el caso en cuestión las conclusiones respectivas de la Sala de Apelaciones y la Sala de Primera Instancia eran contradictorias, y la causa había suscitado una acalorada controversia, tanto entre los magistrados de ambas salas como en el seno de la Sala de Apelaciones. Ahora bien, no es menos cierto que el fallo de la Sala de Apelaciones representaba la decisión firme del Tribunal, a la que la Corte debía conceder primacía.

10. Una vez constatado que los bombardeos no habían sido indiscriminados, la Corte debía resolver la cuestión de si, pese a ello, podían ser considerados matanzas en el sentido del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Los serbios sostuvieron, a título subsidiario, que, incluso en el supuesto de que la Corte no estimara que los bombardeos de las ciudades serbias habían sido indiscriminados, debía proceder a su calificación en el sentido del artículo II de la Convención y concluir que se inscribían en una operación de genocidio. Por su parte, Croacia alegó que, desde el momento en que se habían cometido esos actos militares respetando las normas de derecho internacional humanitario, no se podían calificar de genocidio, puesto que no se había constatado el elemento material del genocidio.

11. La Corte no se pronunció en términos abstractos y generales sobre las relaciones entre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el derecho internacional humanitario, especialmente sobre la cuestión de si una operación militar ejecutada de conformidad con el derecho internacional humanitario era necesariamente irreprochable desde el punto de vista de la Convención; la Corte se limitó a señalar que, en general, la existencia de dos cuerpos normativos distintos no excluía la posibilidad de que un mismo acto pudiera ser conforme a uno al tiempo que vulneraba el otro. En cuanto a las operaciones militares llevadas a cabo contra las ciudades serbias, la Corte concluyó simplemente que no se había constatado el elemento material del genocidio, puesto que el término francés «*meurtre*», en el sentido del artículo II de la Convención, implicaba necesariamente una intención de matar, motivo por el cual los ataques perpetrados contras las ciudades de Krajina no podían ser considerados «*meurtres*», al no haber sido indiscriminados, y las víctimas civiles ocasionadas no habían sido, por tanto, intencionadas. El hecho de que los términos «*meurtre*» y «*killing*» empleados respectivamente en la versión francesa y la versión inglesa de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no sean equivalentes exactos podía generar cierta ambigüedad. En efecto, el término francés «*meurtre*» hace referencia al hecho de dar muerte voluntariamente a otras personas, mientras que el término inglés «*killing*» no presupone necesariamente la intención de matar. No obstante, la Corte había resuelto esta cuestión en 2007 cuando concluyó que «*meurtre*» en el sentido de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio era necesariamente intencionado, interpretación que valía para todas las versiones lingüísticas de la Convención, incluido, por tanto, el término inglés «*killing*».

12. El Sr. PETRIČ dice que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia ha centrado su exposición, de gran interés, en las actividades desarrolladas por la Corte en el año anterior fundamentalmente en la resolución dictada en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* sobre las acusaciones mutuas de genocidio de ambos Estados. Dada la complejidad de la causa, el orador ruega al Sr. Abraham que le disculpe por la simplificación de sus observaciones al respecto en aras de la brevedad. En cualquier caso, desea hacer una observación previa de carácter general acerca de la función de la justicia internacional, que debería ser contribuir a restablecer la paz, en vista de las dos resoluciones dictadas por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina y otros* en 2011 y 2012. La condena en primera instancia de Ante Gotovina a una pena de 24 años de prisión y su posterior absolución unos meses más tarde en apelación sin duda generaron cierta confusión en la región, y es de lamentar que el Tribunal no previera las nefastas consecuencias de su radical cambio de postura para ambas partes.

13. Por lo que hace a la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, el orador señala que con razón la Corte Internacional de Justicia dedicó mucho tiempo a examinar los elementos de hecho, especialmente a determinar si los bombardeos de las ciudades de Krajina habían sido o no indiscriminados. Le parece lógico además, cuando no inevitable, que la Corte llegara a la misma conclusión que 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)*. Ahora bien, ¿qué sucede con los bombardeos indiscriminados descargados sobre Sarajevo durante tres años sin atacar objetivos militares? Si la Corte hubiera concluido en la causa *Croacia c. Serbia* que los bombardeos sobre Croacia habían sido indiscriminados y habían perseguido acabar con la población serbia de las ciudades de Krajina, también habría tenido que llegar a la conclusión de que se había cometido un genocidio en Sarajevo (Bosnia), cosa que no sucedió. En efecto, en la causa *Bosnia y Herzegovina c. Serbia* la Corte estimó que los tres años de bombardeos indiscriminados de Sarajevo no permitían calificarlos de genocidio. Por ello, resulta sorprendente que la Corte prestara tanta atención al elemento factual en el fallo de la causa *Croacia c. Serbia*; visto esto, el orador desearía conocer la posición del Presidente de la Corte Internacional de Justicia al respecto.

14. Por otra parte, tras el desmembramiento de Yugoslavia en 1991, y hasta la caída del Presidente Milošević en el año 2000, Serbia sostuvo reiteradamente que asumía la continuidad de la personalidad jurídica de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, reivindicación a la que se opusieron los otros Estados que también habían formado parte de la antigua Yugoslavia. Según el orador, existen diferentes elementos que demuestran que Serbia era considerado el Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en el seno de las Naciones Unidas, por lo menos hasta la admisión de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) como nuevo Estado Miembro el 1 de noviembre de 2000. Por ello, el orador desearía saber si la Corte Internacional de Justicia tuvo en cuenta el estatus de Serbia al examinar las cuestiones procesales o al concluir que no era responsable, por ejemplo, de los acontecimientos acaecidos tras la caída de Vukovar en noviembre de 1991, fundamentalmente la matanza de enfermos y heridos; el orador se pregunta quién podría asumir la responsabilidad de esos abominables crímenes en el caso de que no fuera Serbia.

15. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) duda, en respuesta al primer punto planteado por el Sr. Petrič, que se hubieran calificado de genocidio los bombardeos de las ciudades de Krajina incluso si hubieran sido indiscriminados, puesto que en su fallo la Corte constata después que falta el elemento intencional, el *dolus specialis*. No obstante, la cuestión planteada por el Sr. Petrič pone de relieve el procedimiento seguido por la Corte en este fallo, a saber, examinar en primer lugar el elemento material y, posteriormente, el elemento intencional del genocidio. En efecto, el genocidio supone, por una parte, la comisión de determinados actos materiales enumerados en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el primero de los cuales es la matanza, y, por otra parte, la presencia de un elemento intencional *o dolus specialis*. Así pues, la Corte analizó en primer lugar cada uno de los actos materiales alegados por las dos partes para determinar si el elemento material del genocidio había quedado establecido. A continuación, la Corte se preguntó si esos actos materiales, una vez establecidos, satisfacían la condición del *dolus specialis*, a lo que dio una respuesta negativa. La Corte también habría podido pasar directamente al elemento intencional para constatar su ausencia, en cuyo caso ni tan siquiera habría sido necesario examinar los actos materiales, lo cual habría dado lugar a un fallo más breve y de más fácil lectura. Pero en este caso la Corte no buscó el medio más acorde con la economía procesal, por motivos de índole psicológica relacionados con la función de la justicia, a la cual ha hecho alusión el Sr. Petrič. Estimó que era preferible para las partes que constatara, aunque fuera únicamente en la motivación de su fallo, que ambas partes habían cometido crímenes graves en el territorio de Croacia que habían ocasionado víctimas en ambos bandos. Se podría afirmar quizás que se trata de una manifestación de la «política judicial» de la Corte, a saber, la potestad discrecional del juez para elegir la manera que le parezca más oportuna de motivar un fallo, la que mejor se corresponda con la concepción que tiene de su propia función.

16. En lo que concierne al estatus de Serbia como Estado continuador o sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Corte ya tomó posición en 2004 en los fallos que dictó en las causas relativas a la *Legalidad del uso de la fuerza*. Falló entonces, por una parte, que Serbia no era el Estado continuador de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sino uno de sus Estados sucesores y, por otra parte, que no había llegado a ser Miembro de las Naciones Unidas hasta el año 2000, cuando fue admitida como nuevo Estado. La Corte reafirmó su jurisprudencia al respecto en 2007, y luego en 2008, de modo que el fallo de 2015 se inscribe en la línea de una jurisprudencia ya bien consolidada, aunque en su momento pudo generar controversias en el seno mismo de la Corte y fuera de ella, en el sistema de las Naciones Unidas.

17. El Sr. FORTEAU considera muy interesante la interpretación que ha dado el Presidente de la Corte Internacional de Justicia del término «*meurtre*», que figura en el artículo II de la versión francesa de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y del término «*killing*» en la versión inglesa. Habida cuenta de que, en el actual período de sesiones, la Comisión ha aprobado una definición de este concepto en el marco de sus trabajos sobre los crímenes de lesa humanidad en la que ha procurado que resulte compatible con la definición adoptada en el contexto de la Corte Penal Internacional, el orador desea saber si el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* se corresponde exactamente con la interpretación que se ha hecho al respecto en el contexto de la Corte Penal Internacional. Así, en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sobre el crimen de genocidio, el término «*meurtre*» se traduce como «*killing*» (matanza), mientras que se traduce como «*murder*» (asesinato) en su artículo 7, sobre los crímenes de lesa humanidad. En cualquier caso, según los *Elementos de los Crímenes*[278] por ambos términos se entiende el mero «hecho de causar la muerte», sin que figure el elemento intencional en la interpretación que se hace de esos términos. El orador desearía saber si las partes plantearon esa cuestión en la causa *Croacia c. Serbia*.

18. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) no recuerda que las partes invocasen el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni, en general, los textos aplicables en ese contexto, de modo que la Corte Internacional de Justicia tampoco tuvo ocasión de examinar esta cuestión, ni en esa ni en otras causas. Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia no hizo alusión a ese aspecto en su fallo de 2015, puesto que se limitó a hacer referencia a lo que ya había dicho en 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)*, a saber, que «matanza» en el sentido del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, «*killing*» en la versión inglesa, presupone un elemento intencional, es decir, la voluntad de causar la muerte.

19. El Sr. ŠTURMA se remite a ese mismo fallo y recuerda que, según se dice en su párrafo 115, «la Corte considera que las reglas de sucesión susceptibles de ser aplicadas en el caso en cuestión pertenecen a la misma categoría que las que rigen la interpretación de los tratados y la responsabilidad de los Estados, a las cuales se ha hecho referencia en el extracto citado». El orador se pregunta si la Corte pretendió con ello reconocer implícitamente la existencia de un cuerpo de normas de derecho internacional general relativas a la sucesión de Estados en materia de responsabilidad y si convendría, con vistas a la práctica judicial, que la Comisión examinara esta cuestión y tratara de esclarecer el contenido de dichas normas.

20. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que no debe interpretarse el fallo de la Corte como reconocimiento de una doctrina, una teoría o un cuerpo de normas relativas a la sucesión de Estados en materia de responsabilidad. La Corte no se pronunció al respecto y no tenía necesidad de hacerlo. Quiso simplemente decir que, en el supuesto de que existiera tal cuerpo normativo, formaría parte del derecho internacional general, al igual que las normas sobre la responsabilidad del Estado. En lo que a los trabajos de la Comisión se refiere, el orador deja la decisión al buen criterio de los Estados y de la propia Comisión, si bien conviene en que cualquier cuestión de derecho internacional general merece ser estudiada.

21. El Sr. KAMTO dice que se limitará a formular dos observaciones. La primera guarda relación con las causas que enfrentan a las Islas Marshall con las Potencias nucleares. Por lo que el orador ha entendido, la India y el Pakistán no opusieron formalmente la excepción de incompetencia de la Corte o de inadmisibilidad de la solicitud mediante un acto de procedimiento, sino que se limitaron a formular una declaración en ese sentido en una reunión con el Presidente de la Corte. De ser así, ello pondría de manifiesto una gran flexibilidad por parte de la Corte en la aplicación de su reglamento, y resultaría interesante saber si se trata de una práctica habitual. La segunda observación tiene que ver con la diferencia constatada entre las versiones en francés y en inglés del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; el orador desearía saber en qué versión lingüística se basó la Corte para su interpretación.

22. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) responde en primer lugar a la segunda pregunta; no cree que se pueda afirmar que la Corte tuviera que optar por una de las versiones lingüísticas. En efecto, el problema radica en que la versión en francés es clara en cuanto a la presencia necesaria del elemento intencional, mientras que la versión en inglés es más ambigua y deja margen a la interpretación. Así, si el término «*killing*» no presupone necesariamente la presencia de un elemento intencional, tampoco lo excluye. Las otras versiones lingüísticas de la Convención van también en la dirección del elemento intencional, y su objeto, que consiste en sancionar un crimen grave que presupone la voluntad de suprimir un grupo humano como tal, no se puede concebir sin su elemento intencional. En lo que respecta al procedimiento seguido en las causas que enfrentan a las Islas Marshall con la India y el Pakistán, si bien es cierto que los demandados impugnan la competencia de la Corte por una vía que no es la habitual, la excepción de incompetencia, que sí siguió el Reino Unido, no se limitaron a una declaración oral. También reaccionaron a la comunicación de la solicitud mediante una nota diplomática, en la que declararon de entrada que la solicitud no entraba en el ámbito de competencia de la Corte. De conformidad con el artículo 79, párrafo 2, de su Reglamento, si la Corte no recibe formalmente una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad pero prevé dificultades al respecto, puede decidir, después de que el Presidente se haya reunido y celebrado consultas con las partes, la necesidad de pronunciarse sobre estas cuestiones por separado antes de continuar el procedimiento sobre el fondo. Se trata de una excepción, a la que rara vez se recurre, al procedimiento previsto en el párrafo 1 del mismo artículo.

[278] Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, La Haya, 2013. Puede consultarse en el sitio web de la Corte: www.icc-cpi.int/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf.

23. El Sr. NOLTE observa que, a pesar de que las disposiciones relativas a la interpretación de la Convención de Viena de 1969 sean invocadas con gran frecuencia y revistan una enorme importancia, hasta el momento la Corte tan solo ha reconocido expresamente el carácter consuetudinario del artículo 33, párrafo 1, de dicho instrumento. En cualquier caso, quizás convendría desde la óptica de la política judicial que se pronunciara sobre el carácter consuetudinario del artículo en su integridad, si tiene la ocasión de hacerlo. A juicio del orador, sería deseable que, en su proceder, los intérpretes de los instrumentos internacionales tuvieran presente que estos tienen por regla general varias versiones lingüísticas que hay que tener en cuenta.

24. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que, cuando se hace valer ante la Corte una disposición concreta de la Convención de Viena de 1969, la Corte no tiene en principio la obligación de pronunciarse sobre el carácter consuetudinario de las otras disposiciones de la Convención salvo por exigencias de la causa. Si bien es cierto que en los fallos de la Corte se pueden encontrar *obiter dicta*, puesto que nada le impide ir un poco más allá de lo que es estrictamente necesario, la Corte sigue siendo reticente a pronunciarse sobre el carácter consuetudinario de una norma convencional o de una disposición aprobada por la Comisión de Derecho Internacional y, de manera general, a adoptar una postura en cuestiones de derecho internacional que no se susciten de manera específica y directa en una causa concreta, sino que suele abstenerse. En virtud de su función judicial, la Corte tiene la obligación de interpretar el derecho en una causa concreta, y no en términos generales, en función de los argumentos esgrimidos por las partes. La expresión «política judicial», en el sentido con el que la emplea el Sr. Nolte, no abarca el mismo fenómeno que el que emerge a raíz del fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*. En esta última, se trataba de explicar una decisión metodológica de la Corte a los efectos de motivar un fallo, mientras que el Sr. Nolte propone que la Corte deba interpretar el derecho más allá de lo que es necesario en una causa concreta.

25. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ desea responder a los comentarios anteriores del Sr. Forteau con respecto al término «matanza». No comparte su punto de vista según el cual en los *Elementos de los Crímenes* de la Corte Penal Internacional no se recoge la cuestión del carácter intencional de la matanza. Si bien es cierto que ese aspecto no figura en la sección dedicada al artículo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativo a la matanza [art. 7, párr. 1 *a*], sí se menciona en diversas ocasiones en la introducción general del texto, que con demasiada frecuencia obvian la doctrina y los profesionales del derecho cuando en realidad forma parte integral y debe ser tenida en cuenta. La oradora señala a la atención de los miembros el párrafo 2 de dicha introducción, según el cual «una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento». En este sentido, para la oradora tiene gran importancia el párrafo 3, que prevé que «[l]a existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso». La oradora pide al Sr. Abraham que indique si el análisis sumamente detallado que acometió la Corte Internacional de Justicia en los fallos que ha mencionado no tiene precisamente como objetivo hacer posible la toma en consideración del aspecto intencional, en particular el *dolus specialis*, inherente al genocidio.

26. Por último, la oradora desearía conocer la opinión del Sr. Abraham sobre la práctica de la Corte en lo concerniente al reconocimiento del carácter consuetudinario de las normas de atribución que figuran en el capítulo II de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en vista de que en las causas de genocidio que ha citado la Corte optó en unas ocasiones por pronunciarse sobre la cuestión y en otras por guardar silencio. Sería interesante saber si esa actitud cambiante obedece a la propia naturaleza de estas normas o a la política judicial adoptada por la Corte, que solo se pronuncia sobre una cuestión jurídica cuando la naturaleza del caso que tiene ante sí lo exige.

27. El Sr. HASSOUNA recuerda que la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y pregunta al Sr. Abraham si la considera el árbitro supremo de las decisiones dictadas por otros órganos jurisdiccionales internacionales y regionales y si estima que la presencia en su seno de antiguos miembros de la Comisión de Derecho Internacional supone una ventaja que podría contribuir a estrechar las relaciones entre ambos órganos.

28. El Sr. ABRAHAM (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) estima más acertado decir que el examen detallado de los hechos acometido por la Corte en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* era útil o deseable que calificarlo de necesario. La Corte también habría podido eludir el análisis detallado de cada una de las situaciones, pero, a fin de satisfacer a las partes, estimó más conveniente que su fallo contuviera un examen lo más completo y exhaustivo posible de los elementos de hecho y de derecho. Por lo que respecta al carácter consuetudinario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, si bien la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre determinadas disposiciones de dicho proyecto, no ha tomado una posición general o ha evitado pronunciarse cuando albergaba dudas, a riesgo de que su actitud al respecto pueda parecer a este respecto incoherente a ojos de observadores atentos. En cuanto a su posición con respecto a los otros órganos jurisdiccionales internacionales y regionales, hay que recordar que, desde el punto de vista institucional, la Corte no ocupa una posición desde la que deba ejercer de árbitro supremo de las decisiones dictadas por esos órganos, sino que más bien se le reputa cierta preeminencia a la hora de establecer la jurisprudencia en materia de derecho internacional general. La Corte estima que los demás órganos jurisdiccionales internacionales deberían remitirse de manera natural a sus fallos cuando deban pronunciarse sobre cuestiones de derecho internacional general, pero no en los ámbitos específicos que formen parte más directamente de su competencia, cosa que, por otra parte,

sucede en la práctica. Asimismo, los magistrados de la Corte están en contacto con los de otros órganos jurisdiccionales internacionales, al objeto de favorecer la indispensable coherencia de la jurisprudencia internacional. Para concluir, el orador señala que la presencia de antiguos miembros de la Comisión de Derecho Internacional entre los magistrados de la Corte es un activo inestimable que contribuye a facilitar sus trabajos.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*continuación*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/L.868)

[Tema 11 del programa]

29. El PRESIDENTE anuncia que se ha publicado recientemente la nueva versión del sitio web de la Comisión de Derecho Internacional. Además de su moderna presentación, el sitio se ciñe a los criterios de las Naciones Unidas, fundamentalmente en lo concerniente a la accesibilidad de las personas con discapacidad. En función del tiempo disponible, quizás sea posible organizar una exposición sobre el sitio en el transcurso del actual período de sesiones. La elaboración del sitio representa cerca de un año de trabajo de la secretaría de la Comisión y de la División de Codificación, a las cuales el Presidente da las gracias en nombre de la Comisión.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

30. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

31. El Sr. KOLODKIN felicita a la Relatora Especial por su cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, fruto de un trabajo riguroso que ayudará a la Comisión a avanzar en sus trabajos sobre esta cuestión. Antes de pasar al examen de fondo del documento, el orador desea comentar algunos aspectos del método empleado para su elaboración. En primer lugar, considera que el informe no estudia la práctica y la legislación de los Estados con la profundidad necesaria. Se presenta a grandes rasgos la jurisprudencia de los tribunales nacionales, pero recibe un peso considerable y ocupa más espacio que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, algo sorprendente, especialmente teniendo en cuenta que no siempre es coherente, a diferencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, fundamentalmente la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de que en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica) y* la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* se trataba la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado y en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* se abordaba la inmunidad de jurisdicción civil, los fallos dictados en todas estas causas son coherentes en muchos sentidos. En el fallo que dictó en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia citó en numerosas ocasiones sus dos fallos relativos a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado. Lo mismo puede afirmarse del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual hace gala de coherencia en la manera como se ocupa de la cuestión de la inmunidad del Estado y sus funcionarios; así, en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido* se remitió a sus sentencias anteriores sobre la inmunidad y a los fallos de la Corte Internacional de Justicia anteriormente mencionados y llegó a las mismas conclusiones que esta.

32. Si se considera que la jurisprudencia es un medio de definir las normas de derecho internacional consuetudinario y de demostrar la existencia o la inexistencia de dichas normas, especialmente en materia de inmunidad, hay que otorgar mayor importancia a las decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales que a las de los tribunales nacionales. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción extranjera se enmarca en el ámbito de las relaciones entre Estados: se trata ante todo de interpretar y aplicar el derecho internacional y no el derecho interno. Por consiguiente, los tribunales internacionales ejercen una función fundamental en la identificación de las normas de derecho aplicables, si bien la jurisprudencia nacional también tiene su importancia.

33. Cuando hay que remitirse a las decisiones dictadas por los tribunales nacionales en causas relativas a la inmunidad *ratione materiae*, es importante saber si el Estado del funcionario ha invocado su inmunidad o si la ha levantado; no basta con saber si el tribunal ha reconocido la inmunidad del funcionario o si ha concluido que este no gozaba de ella. A este respecto, el orador hace hincapié en la importancia de los aspectos procesales de la inmunidad. No ve inconveniente en que el informe analice tanto la jurisprudencia relativa a la inmunidad de jurisdicción penal como la jurisprudencia sobre la inmunidad de jurisdicción civil. Aunque ambas órdenes jurisdiccionales presentan algunas diferencias, también comparten muchos rasgos. Lo mismo se puede decir de la inmunidad de estas jurisdicciones, algo que confirman los fallos anteriormente mencionados de los órganos jurisdiccionales internacionales. Por último, el orador señala que el informe contiene un análisis detallado de la cuestión de la atribución de los actos del funcionario al Estado, pero manifiesta sus dudas de que dicho análisis, por muy válido que sea, tenga verdaderamente razón de ser.

34. En cuanto al contenido sustantivo del informe, el orador hace suyas varias de las posturas adoptadas por la Relatora Especial, en particular la idea de que un mismo acto puede ser atribuido tanto al funcionario del Estado como al propio Estado. Igualmente, suscribe la tesis del reconocimiento de la doble responsabilidad: la responsabilidad penal del funcionario y la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional o del derecho civil. En cambio, no comparte que esas conclusiones

[*] Reanudación de los trabajos de la 3257ª sesión.

tengan relación directa con la calificación de un acto del funcionario de un Estado como acto realizado a título oficial. Por otra parte, coincide con la Relatora Especial en que no ve afectado su carácter oficial el acto realizado por el funcionario cuando constituya abuso de poder. También respalda la opinión de la Relatora Especial de que la naturaleza penal real o supuesta del acto del funcionario tampoco influye en el carácter oficial de dicho acto y que los actos *iure gestionis* del funcionario pueden ser realizados a título oficial, en cuyo caso pueden ser atribuidos al Estado en cuestión.

35. Sin embargo, el orador discrepa de la tesis según la cual la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario no es equiparable a la inmunidad del propio Estado. Si bien hay diferencias entre ambas en cuanto a su alcance, se trata en cualquier caso de la inmunidad del Estado o de una de sus variantes. Ya se han aducido varios argumentos contra la tesis de la Relatora Especial y el orador cree entender que su punto de vista es compartido no solo por otros miembros de la Comisión de Derecho Internacional, sino también por varios Estados en la Sexta Comisión; es un punto de vista respaldado por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y una parte considerable de la doctrina. La inmunidad del funcionario pertenece precisamente al Estado; aquel no es sino el mero beneficiario y su inmunidad está supeditada a la voluntad del Estado. No hay que permitir que la expresión «inmunidad del funcionario del Estado» induzca a error: en realidad, se trata solo de una denominación que se corresponde con una disposición del derecho internacional que rige las relaciones entre Estados. Desde el punto de vista jurídico, la inmunidad del funcionario hace referencia a las relaciones entre el Estado del funcionario y el Estado que ejerce su jurisdicción con respecto a dicha persona. Es al primer Estado, y no a su funcionario, al que corresponde el derecho a gozar de inmunidad, mientras que el segundo Estado tiene obligaciones para con el primero derivadas de ese derecho. La jurisdicción penal se ejerce con respecto a una persona, el funcionario, pero indirectamente se dirige contra el Estado. En el transcurso de la causa penal abierta contra el funcionario, se pueden abordar cuestiones de gran importancia para su Estado, motivo por el cual el orador no comparte la opinión de la Relatora Especial cuando afirma, en el párrafo 104 de su informe, que las consecuencias que se van a deducir del proceso penal contra el funcionario son individuales y personalísimas. Estas consecuencias y el proceso mismo afectan al Estado del funcionario, de modo que aquel se protege confiriendo inmunidad a su funcionario. Así pues, la inmunidad deriva del principio de la soberanía del Estado y la no injerencia en sus asuntos internos. Tal y como se señala en la resolución dictada en 2004 por un tribunal británico en la causa *Ronald Grant Jones v. The Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, «puede considerarse que las actuaciones penales entabladas contra un presunto torturador implican indirectamente al Estado del interesado. Resulta difícil entender por qué un procedimiento civil contra el agente presunto torturador debería ser considerado como una forma más intensa de injerencia en los asuntos internos de un Estado extranjero o una forma más cuestionable de pronunciarse sobre ellos» (párrafo 75 de la decisión).

36. Asimismo, al orador no le convence que la atribución del acto del funcionario a su Estado sea necesaria para que el acto en cuestión pueda ser considerado un acto realizado a título oficial. A juicio del orador, la Comisión suele seguir el razonamiento inverso: si un acto es realizado por una persona que actúa a título oficial, dicho acto es imputable al Estado. En cualquier caso, los criterios de atribución del acto del funcionario al Estado no están reflejados en el proyecto de artículo 2 *f*, al menos no de forma directa. En cambio, ese apartado contiene otro criterio que la Relatora Especial ha propuesto incluir en la definición de acto realizado a título oficial, a saber, que dicho acto constituya una infracción penal. Se han presentado numerosas objeciones al respecto, que el orador suscribe. La naturaleza penal, real o supuesta, del acto de un funcionario no afecta al carácter oficial de dicho acto, pero ello no significa en modo alguno que solo una infracción penal pueda ser considerada un acto realizado a título oficial. El orador cree entender que la Relatora Especial ha seguido el siguiente razonamiento: la cuestión de la inmunidad del funcionario respecto de los actos que ha realizado tan solo se plantea cuando el Estado es competente para juzgarlos. Ahora bien, únicamente se puede establecer esa competencia cuando se trate de un acto que presumiblemente constituya una infracción. No obstante, la naturaleza penal del acto suscita la cuestión de la competencia, no la del carácter oficial del acto. Por ello, el orador, al igual que otros miembros de la Comisión antes que él, propone suprimir el criterio de la infracción penal del proyecto de artículo 2 *f*. Señala asimismo que la expresión «actos realizados a título oficial» no figura en el proyecto de artículo 5 aprobado por la Comisión, en el cual se habla de «funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales»[279], pero sí se emplea en el proyecto de artículo 4, que versa sobre la inmunidad *ratione personae*[280]. El orador cree entender que, en este último proyecto de artículo, la mención del concepto «acto realizado a título oficial» sirve ante todo para precisar respecto de qué actos goza el funcionario de la inmunidad *ratione materiae*; sin embargo, no se emplea esta expresión en el proyecto de artículo 5. Si la expresión «acto realizado a título oficial» es sinónimo de la expresión «actos realizados por funcionarios del Estado cuando actúan en calidad de tales» y se define la primera de estas dos expresiones, cabe preguntarse por qué no figura en el proyecto de artículo 5 y, en el caso de que no deba figurar, si no resulta superfluo definirla. Si no se define, las palabras «actos realizados a título oficial» que figuran en el proyecto de artículo 6, párrafo 2, se pueden sustituir por «actos realizados por los funcionarios del Estado cuando actúan en calidad de tales». Si la Comisión decidiera mantener la definición de «acto realizado a título oficial», debería modificar, en aras de la coherencia, el proyecto de artículo 5. Igualmente, podría resultar conveniente que el proyecto de artículo o, al menos los comentarios pertinentes, tuvieran en cuenta dos elementos importantes: el hecho de que el carácter oficial del acto no se ve afectado cuando el acto del funcionario constituye un acto *ultra vires* y el hecho de que la naturaleza penal real o supuesta del acto del funcionario tampoco influye en su carácter oficial. Por último, sin perjuicio de las objeciones formuladas anteriormente en relación con la inclusión de una definición de la expresión

[279] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 158.

[280] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

«acto realizado a título oficial», el orador no ve inconveniente en enviar al Comité de Redacción los dos proyectos de artículo que figuran en el informe.

37. En cuanto a los futuros trabajos de la Comisión con respecto a este tema, el orador discrepa de la opinión expresada en una sesión anterior según la cual la inmunidad iría en contra de los derechos humanos y de la obligación de rendir cuentas y sería equiparable a la impunidad. Esta visión es extremadamente simplista y no se corresponde con la posición de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, no tiene cabida en el derecho internacional contemporáneo, a excepción de la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Italia y de la posición de una parte de la doctrina. Por ello, el orador preferiría que la Comisión no siguiera las recomendaciones que ha recibido al respecto. Propone que, en el marco de sus futuros trabajos, la Comisión examine los aspectos procesales de la inmunidad y precise con exactitud los actos del Estado que abarca la inmunidad, y solo entonces abra el debate sobre las excepciones.

38. El Sr. HMOUD dice que la importancia del cuarto informe presentado por la Relatora Especial radica en que trata una cuestión que decidirá la dirección que seguirá la Comisión en un tema con grandes implicaciones jurídicas y políticas: el alcance material de la inmunidad *ratione materiae* y la definición de los actos realizados a título oficial. Cabe destacar que la Relatora Especial ha estudiado en su informe todas las soluciones y conclusiones a las que se puede llegar sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la práctica de los Estados y los instrumentos pertinentes. Sus conclusiones son claras: los actos realizados por los funcionarios del Estado, incluidos los crímenes internacionales —y en esto el orador desea hacer hincapié—, pueden ser realizados a título oficial. Este enfoque conceptual, opuesto al enfoque por el que quedan automáticamente excluidos de los actos realizados a título oficial los crímenes internacionales, presupone la existencia de límites o excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en derecho internacional general. Ahora bien, hay que recordar la opinión separada conjunta en el asunto *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en la cual los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal expresaron sus dudas de que «los crímenes internacionales graves [puedan] ser considerados como actos oficiales, ya que no se corresponden ni a las funciones estatales normales ni a las funciones que un Estado por sí solo (por oposición a un individuo) puede ejercer» (párr. 85). Esta opinión y la de otros jueces de los tribunales nacionales e internacionales demuestran que hay que matizar la afirmación de que los crímenes internacionales pueden ser actos realizados a título oficial. Es una cuestión que debe analizarse caso por caso, dejando la puerta abierta a la presunción de que los crímenes internacionales exceden los límites de las funciones del Estado, en el supuesto de que se incoe una causa penal contra un funcionario del Estado ante un tribunal extranjero. También puede abordarse la cuestión desde el punto de vista de las limitaciones a la inmunidad *ratione materiae* de que goza el funcionario.

39. Por otra parte, conviene señalar que, en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte Internacional de Justicia no entró en la distinción entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Cuando la Corte declaró, en el párrafo 58 del fallo, no «poder deducir de esta práctica la existencia, en derecho internacional consuetudinario, de excepciones [con respecto a los crímenes internacionales] a la regla que consagra la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de relaciones exteriores en ejercicio», es evidente que se refería únicamente a la inmunidad *ratione personae*. Tampoco parece que exista una regla consuetudinaria de este tipo en relación con la inexistencia de limitaciones o excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. De hecho, en lo que se refiere a la inmunidad *ratione materiae* de la jurisdicción penal extranjera de que gozan los funcionarios del Estado, la práctica de los tribunales internos de distintos Estados, incluso de un mismo Estado, no es uniforme, fundamentalmente por la confusión que existe entre la inmunidad del Estado y la inmunidad *ratione materiae* del funcionario, que no obstante difieren.

40. También se ha aducido que la inmunidad del funcionario del Estado por los actos realizados a título oficial deriva de la igualdad de los Estados, que prohíbe a un Estado someter a otro a su jurisdicción. Sin embargo, este argumento no explica por qué el derecho internacional autoriza a los Estados a ejercer su jurisdicción sobre las actividades comerciales y otras actividades no soberanas de otros Estados. En derecho internacional, no habría prevalecido el enfoque restrictivo de la inmunidad del Estado, en contraposición al enfoque absoluto, si la inmunidad de jurisdicción se hubiera fundado en la igualdad soberana de los Estados. Esta afirmación es válida con mayor razón en lo concerniente a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado por los actos realizados a título oficial, cuya razón de ser es la de permitir al Estado ejercer efectivamente sus funciones.

41. Además, suponiendo que el funcionario del Estado haya cometido un delito en ejercicio de funciones estatales, nada impide que el Estado afectado se niegue a reconocer la inmunidad del funcionario y adopte contramedidas para inducir a su Estado de nacionalidad a cumplir con las obligaciones que le impone el derecho internacional, en particular cuando el funcionario ha cometido un crimen internacional en nombre del Estado que representa.

42. Por lo que respecta más específicamente al contenido del informe examinado, el orador comparte el enfoque que consiste en distinguir el alcance subjetivo del alcance material de la inmunidad *ratione materiae*. A pesar de que la definición del funcionario del Estado y la de los actos realizados a título oficial pueden coincidir en determinados supuestos, la naturaleza de la inmunidad impone esta distinción. Incluso cuando representa al Estado o ejerce funciones estatales, el funcionario puede no actuar a título oficial. Así, se otorga inmunidad *ratione materiae* en función de la naturaleza del acto realizado y no solo de la condición de su autor. Por tanto, cabe preguntarse cómo se puede determinar si un acto fue realizado a título oficial. No hay una respuesta fácil dada la falta de criterio y las incoherencias de la práctica nacional e internacional puestas de manifiesto en el informe. A este respecto, teóricamente quizás se podría encontrar un criterio que permitiera determinar si un acto

fue realizado a título oficial, pero, como ya han señalado otros miembros de la Comisión, los comentarios tendrán que dar ejemplos pertinentes con respecto a este criterio y la definición que finalmente apruebe la Comisión. Mientras que en el párrafo 32 de su informe la Relatora Especial señala que es imposible definir la expresión «acto realizado a título oficial» partiendo de los derechos estatales, admite que hace falta examinar la práctica nacional e internacional relativa a esta definición. El informe contiene ciertamente varios ejemplos de la forma como algunos tribunales nacionales describen los actos realizados a título oficial, pero resulta difícil ver la relación de esos ejemplos, provengan de la jurisprudencia nacional o de la internacional, con la definición. Definirlos como actos realizados en ejercicio de atribuciones del poder público como hace la Relatora Especial en el texto que propone para el artículo 2 *f*, o como expresión de la soberanía en el ejercicio de una función estatal o pública, no permite saber con claridad cómo usar la definición en la práctica. En algunos casos no cabe duda, por ejemplo cuando el funcionario hace una declaración en nombre de su Estado en una conferencia, pero en otros casos hay matices, por ejemplo cuando el funcionario destruye un bien público en el Estado del foro o resulta implicado en un accidente cuando se dirige al aeropuerto tras una misión oficial. Huelga decir que en este caso no caben analogías con el ejercicio de las funciones en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Para volver al ejemplo anterior, un miembro del personal administrativo implicado en un accidente mientras acude a una reunión gozará de inmunidad en el Estado del foro en aplicación de la Convención, pero ese mismo Estado podrá no otorgar la inmunidad por el mismo acto a un funcionario extranjero que se encuentre en su territorio de visita oficial. Como ya se ha mencionado, la práctica de los Estados a este respecto carece de coherencia.

43. Hay que tener presente otro aspecto en este contexto: si el criterio debe ser objetivo o subjetivo. En otras palabras, ¿debe el Estado del funcionario tener la prerrogativa de determinar si su funcionario actuaba a título oficial o privado? No es pregunta de fácil respuesta, puesto que la inmunidad se invoca con anterioridad a la causa penal o al inicio de esta, en un momento en que ni los jueces ni el fiscal han tenido la posibilidad de examinar la naturaleza del acto o las circunstancias del caso. También hay que velar por que el recurso a la inmunidad *ratione materiae* no impida por completo al Estado del foro ejercer su jurisdicción penal. ¿Debe este Estado suspender su investigación o sus diligencias o ponerles fin porque esté implicado el funcionario de un Estado extranjero que actuaba a título oficial, incluso cuando hubieran participado en la comisión del delito otras personas? Se podría afirmar que el Estado del foro puede limitarse a suspender el ejercicio de su jurisdicción con respecto al funcionario del Estado extranjero, pero, de mantenerse las diligencias contra las otras personas acusadas, se corre el riesgo de implicar directa o indirectamente al funcionario. En esa situación, el recurso a la inmunidad *ratione materiae* dificulta el lícito ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro y constituye de hecho una limitación indebida a su derecho soberano. Esta cuestión podría ser examinada por la Comisión junto con los aspectos procesales de la inmunidad, pero también guarda relación directa con la definición de los actos realizados a título oficial.

44. Con respecto a la naturaleza penal del acto como elemento de la definición, algunos miembros de la Comisión han cuestionado la conveniencia de incluir esta característica en la definición de acto realizado a título oficial. Un acto de esa índole no es siempre en sí mismo un delito. Es el caso, por ejemplo, del funcionario de un Estado citado en un proceso penal en calidad de testigo. Esta cuestión puede tratarse al margen de la definición del acto realizado a título oficial. Ahora bien, incluso en ese caso, puede que, a medida que avance la investigación o el procedimiento, se constate que el acto en sí no tiene naturaleza penal, mientras que la inmunidad se invoca con anterioridad a la investigación o en sus inicios. Con todo, la definición se ha propuesto a los efectos del proyecto de artículos, pero no todos los actos realizados a título oficial deberían corresponder a su ámbito. Por ello, el orador es partidario de conservar la referencia a la naturaleza penal del acto en la definición, puesto que, tal y como ha señalado el Sr. Caflisch, el acto «puede» constituir un delito en el Estado del foro. Este aspecto puede ser igualmente importante a la hora de distinguir la responsabilidad individual de la responsabilidad internacional del Estado del funcionario.

45. En lo que a la cuestión de la atribución se refiere, el orador coincide con la Relatora Especial en que hay que distinguir tres tipos de actos: los actos atribuibles únicamente al funcionario; los actos que pueden ser objeto de una doble atribución, de los cuales se deducen la responsabilidad penal individual y la responsabilidad internacional del Estado; y los actos atribuibles únicamente al Estado, que no corresponden a la esfera del tema objeto de examen. Los dos primeros derivan de la definición de la expresión «acto realizado a título oficial» y exigen examinar la naturaleza de los actos y determinar si pueden ser atribuidos al Estado a la luz de las disposiciones relativas a la atribución de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Obviamente, estos artículos deben ser aplicados en la medida en que sea necesario para establecer que el Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, en el caso aquí analizado, hay que determinar si el funcionario del Estado goza de inmunidad y a tal fin se debe adoptar un enfoque matizado según cada caso, teniendo en cuenta ciertas consideraciones fundamentales que sustentan las disposiciones de los artículos sobre la responsabilidad del Estado relativas a la atribución, también en los casos de actos *ultra vires*.

46. Hay quien ha manifestado que la cuestión de la doble atribución no era pertinente, o ni siquiera se planteaba, por cuanto el acto del funcionario solo puede ser atribuido al Estado, que goza de la inmunidad de jurisdicción en derecho internacional, de modo que la única cuestión es la de la inmunidad del Estado. En cambio, un mismo acto puede ser objeto de una doble atribución en derecho internacional, tal y como se ha puesto claramente de manifiesto en el informe examinado, en particular mediante citas de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales y disposiciones de tratados multilaterales sobre la distinción entre responsabilidad penal individual y responsabilidad del Estado. Ello tiene consecuencias jurídicas desde la perspectiva de la inmunidad del funcionario y del tratamiento de la atribución de los actos realizados a título

oficial. Mientras que la atribución al Estado del acto de un funcionario que actúa a título oficial se expresa con las palabras «ejercer atribuciones del poder público» empleadas en el artículo 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el orador coincide con la Relatora Especial en que, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, los criterios enunciados en los artículos 7 a 11 de dichos artículos no son apropiados. Esas situaciones, incluidas aquellas en que los actos son realizados *ultra vires*, deben ser examinadas en el contexto de las limitaciones a la inmunidad *ratione materiae* o desde el punto de vista de la ausencia de inmunidad cuando el acto no se realiza en ejercicio de atribuciones del poder público o de funciones estatales. A este respecto, en la versión en inglés del proyecto de artículo 2 *f*, convendría añadir la palabra «*in*» antes de la palabra «*exercising*», a fin de evitar toda confusión entre la definición del funcionario y la del acto realizado a título oficial.

47. Por último, dadas las incoherencias de la práctica en el tratamiento de los actos realizados a título oficial y la invocación de la inmunidad *ratione materiae*, es preciso establecer una clasificación o elaborar una lista de los actos o ejemplos que, a juicio de la Comisión, no corresponden al ámbito de esa inmunidad. Como ya se ha dicho, en ciertas situaciones, la inmunidad es evidente, mientras que en otras sucede justo lo contrario, pero en la inmensa mayoría de casos la situación no está tan clara, incluso cuando se acude a la definición y el criterio de atribución. Una vez más, el objetivo debería ser determinar si la inmunidad es invocada en beneficio del soberano y si es necesaria durante el ejercicio de funciones oficiales en nombre del Estado, bien entendido que, en tal caso, la situación en cuestión pertenece al ámbito de la inmunidad *ratione materiae* en derecho internacional consuetudinario.

48. Para terminar, el orador, al igual que otros miembros, considera que el proyecto de artículo 6, párrafo 3, es superfluo y debe suprimirse y que los proyectos de artículo propuestos deben ser remitidos al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3275ª SESIÓN

Miércoles 22 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe de la Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

2. El Sr. FORTEAU dice que la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* que aborda la Relatora Especial en su cuarto informe es sin duda el aspecto más complejo del tema por dos razones: la importancia de las cuestiones en juego y la dificultad de deducir *lex lata* de la práctica confusa de los Estados. Precisamente por ese motivo, es preciso tomar decisiones en materia de codificación y desarrollo progresivo, no solo para hacer avanzar el derecho internacional en lo que atañe a los valores, sino también para poner fin a las incertidumbres existentes.

3. Hay que resolver cuatro cuestiones básicas en relación con las normas sobre la inmunidad *ratione materiae*. La primera es si es necesario definir el concepto de «actos realizados a título oficial». La segunda es si, de ser necesaria, esa definición debe ser positiva y determinar los criterios abstractos que caracterizan esos actos, o negativa y enumerar los tipos de actos que no están comprendidos en esa categoría. La tercera cuestión es si es necesario abordar los límites de la inmunidad *ratione materiae* en la definición o considerarlos excepciones a la inmunidad. La cuarta consiste en determinar los actos que, aunque no se hayan realizado a título privado, no dan lugar a la inmunidad, ya sea porque no pueden considerarse actos oficiales o porque constituyen excepciones a la inmunidad.

4. Sobre la base del cuarto informe, el orador ha observado cinco tipos de actos que cabe considerar que no se benefician de inmunidad *ratione materiae*: los crímenes internacionales más graves; los actos *ultra vires*; los actos *iure gestionis*; los actos realizados en el contexto de funciones oficiales pero por razones exclusivamente personales (como la apropiación indebida o la corrupción); y los actos realizados en ejercicio de atribuciones del poder público en el territorio del Estado del foro sin su consentimiento (como el espionaje).

5. La Relatora Especial parece adoptar un enfoque mixto: pretende considerar diversos tipos de actos como excepciones a la inmunidad, pero también estima conveniente limitar la noción de acto realizado a título oficial proponiendo incluir una definición positiva en el proyecto de artículo 2 *f* en la que el acto oficial se distingue por dos criterios acumulativos. En primer lugar, el acto debe haber sido «realizado por un funcionario del Estado», es decir, por una persona que ejerza funciones estatales, pero no cualquier función, puesto que hay un segundo criterio más restrictivo: el funcionario debe haber actuado «en ejercicio de prerrogativas del poder público». En opinión del orador, el criterio adicional puede crear confusión y no se basa en la práctica.

6. En cuanto a la metodología, nada justifica la definición de un acto realizado a título oficial sobre la base de los criterios de atribución utilizados en el derecho de la responsabilidad del Estado, ya que el derecho de la inmunidad y el derecho de la responsabilidad tienen objetivos marcadamente distintos. La Comisión no debe tener miedo de crear una asimetría entre ellos, puesto que no sería la primera vez que los criterios de atribución han variado de una rama a otra del derecho internacional.

7. La distinción entre los conceptos de «actos realizados a título oficial» y «actos realizados a título privado» es suficientemente clara, y no es necesario complementarla con otros criterios. La tarea de calificar un acto como realizado a título oficial debe quedar a la discreción de los jueces. Cabe señalar que los Estados jamás han considerado necesario definir el concepto de actos oficiales en los tratados que establecen normas sobre la inmunidad *ratione materiae*; los tribunales nacionales parecen contentarse con aplicar la norma general de acto oficial sin mayores especificaciones y la Comisión debería hacer lo mismo.

8. Del mismo modo, la definición de la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» que la Relatora Especial intenta acuñar en el párrafo 119 de su cuarto informe es imprecisa y poco práctica y carece de fundamento. Hay algunos conceptos indeterminados que no se prestan a definición, como «orden público» y «amenaza para la paz», y, a juicio del orador, las expresiones «poder público», «funciones estatales» y «actos realizados a título oficial» también pertenecen a esa categoría, ya que su sentido depende del contexto y es difícil de expresar en términos abstractos. No obstante, si la Comisión considera necesario definirlas, bastaría con utilizar una formulación, a menudo utilizada en los tratados y la jurisprudencia nacional contemporáneos, en el sentido de que un acto realizado a título oficial es un acto llevado a cabo por un funcionario del Estado «en el ejercicio de sus funciones». Si bien esta definición es un tanto circular, tiene la ventaja de que se ajusta a la práctica y la jurisprudencia contemporáneas.

9. No es útil ni exacto decir, como ha hecho la Relatora Especial en el proyecto de artículo 2 *f*, que un acto realizado a título oficial, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal. Como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, la inmunidad precede al examen del fondo de la causa y, por tanto, impide que se determine si el acto del funcionario del Estado en concreto constituye o no un crimen. Además, el principio de presunción de inocencia prohíbe presuponer que se ha cometido un crimen cuando se examina la existencia de inmunidad. Conviene estudiar más a fondo la propuesta de sustituir «constituye» por «puede constituir», de modo que la frase pertinente diga «puede constituir un crimen». No obstante, ese elemento no es propio de la definición de «actos realizados a título oficial», sino que más bien guarda relación con las normas procedimentales sobre la inmunidad o la cuestión de la jurisdicción. Así pues, hay que tener cuidado de no confundir los conceptos de actos oficiales y criminalidad.

10. Sería más apropiado tratar los actos que no pueden dar lugar a la inmunidad como excepciones a la inmunidad, y no como actos no oficiales. Resulta difícil imaginar que los actos *ultra vires*, los actos *iure gestionis* o los presuntos crímenes internacionales graves puedan calificarse de actos privados, por lo que deben incluirse en la categoría de actos oficiales. La única zona gris que podría requerir una solución diferente es la de los actos realizados a título oficial pero por motivos exclusivamente privados, como la corrupción o la malversación. Esos casos se podrían abordar en el comentario del proyecto de artículo 2 considerando que los actos en cuestión se han realizado «al amparo» de funciones estatales y no, en sentido estricto, «en el ejercicio» de tales funciones. También puede incluirse en la categoría de excepciones al principio de inmunidad *ratione materiae*. La práctica judicial nacional permite cualquiera de esas soluciones.

11. El segundo argumento para considerar los actos que no se benefician de inmunidad como excepciones a la inmunidad, y no como actos no oficiales, es que, en el caso de la inmunidad civil, el método imperante consiste en aplicar criterios de atribución generales y luego admitir excepciones. Convendría aplicar el mismo método con respecto al tipo de inmunidad que se examina en relación con este tema.

12. Por último, la decisión de considerar los actos oficiales que no gozan de inmunidad como excepciones permitiría a la Comisión acompañar dichas excepciones de un conjunto de normas que establezcan salvaguardias procesales para los funcionarios del Estado que pueden ser procesados. Por ejemplo, en caso de denuncia de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, que son actos oficiales, podría afirmarse que el funcionario del Estado no goza de inmunidad, pero que esta no puede descartarse a menos que haya indicios graves y concordantes de que se han cometido esos crímenes y a menos que existan salvaguardias procesales adecuadas para evitar reclamaciones abusivas y garantizar el respeto por los funcionarios de Estados extranjeros. Esas normas podrían establecerse si los actos en cuestión se consideraran excepciones a la inmunidad, pero no si lo que se pretende es reducir el alcance de la definición de «actos realizados a título oficial», lo que constituye una solución sin término medio: si el acto no se considera realizado a título oficial se aplica el derecho ordinario, sin ningún tipo de salvaguardias particulares. El orador propondría que en el proyecto de artículo 2 *f* se suprima la definición por completo o se incluya una definición general que simplemente afirme: «Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de sus funciones» [«*un “acte accompli à titre officiel” s’entend de tout acte d’un représentant de l’État accompli dans l’exercice de ses fonctions*»]. En el proyecto de artículo 6, el orador está a favor de que se invierta el orden de los dos primeros párrafos, lo que pondría acertadamente de relieve los actos en cuestión y, por consiguiente, diferenciaría más claramente la inmunidad *ratione materiae* de la inmunidad *ratione personae*. El orador recomienda que ambos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

13. El Sr. KAMTO pregunta si, en opinión del Sr. Forteau, un acto que ostensiblemente ha sido realizado a

título oficial, pero por motivos personales como el odio o la venganza, da lugar a la inmunidad.

14. El Sr. FORTEAU dice que la Comisión debe estudiar la pregunta del Sr. Kamto y quizás incluir una explicación en los comentarios. Se inclina a pensar que, si el motivo de un acto como el descrito por el Sr. Kamto es exclusivamente personal, este no quedaría comprendido en la categoría de actos realizados a título oficial.

15. El Sr. HASSOUNA dice que el escaso número de respuestas escritas de los Estados sobre su práctica en relación con la inmunidad de los funcionarios del Estado podría ser indicativo del carácter delicado que numerosos Estados atribuyen a la cuestión. No obstante, habría preferido ver el contenido de las pocas respuestas individuales recibidas por la Comisión, en lugar de la sinopsis que la Relatora Especial ha proporcionado en su cuarto informe.

16. Habida cuenta de que la expresión «actos realizados a título oficial» constituye el fundamento mismo del concepto de inmunidad *ratione materiae*, debe procederse con cautela al utilizar conceptos y expresiones que a menudo se utilizan de forma indistinta en su lugar, como «acto oficial», «acto público», «acto en representación de un Estado», etc. Convendría que la Relatora Especial destacara algunas de las características que distinguen esas expresiones. En opinión del orador, el derecho interno es muy útil para definir el concepto y determinar los elementos de los actos realizados a título oficial. De hecho, tanto la legislación nacional como la jurisprudencia de los tribunales nacionales deben considerarse fuentes principales de interpretación de esa expresión y sus equivalentes, sobre todo en vista de la ambigüedad y la falta de definición del concepto en derecho internacional.

17. En cuanto al intento de la Relatora Especial de definir la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» en el párrafo 119 de su cuarto informe, es preciso aclarar el contenido y la aplicación en la práctica del criterio de las actividades que «se conectan con [la soberanía] en términos funcionales», lo que podría lograrse con ejemplos pertinentes en el comentario.

18. Un aspecto importante del cuarto informe guarda relación con el concepto de supervisión y la cuestión de quién es responsable de determinar si un acto puede o no calificarse de «oficial» o «privado». En cierta medida, es lógico que esa responsabilidad recaiga fundamentalmente en el derecho interno y el sistema judicial del Estado del funcionario, como parece sugerir el informe. Si un Estado asume como propio el comportamiento de un funcionario, podría considerársele internacionalmente responsable de ese comportamiento. No obstante, sigue sin estar claro quién, en particular, debe encargarse de determinar si un comportamiento es oficial o privado. ¿Debe ser el ministerio público en los tribunales del Estado del funcionario? En algunos casos limitados, a menudo al interpretar el mandato de un tratado, la Corte Internacional de Justicia ha sido útil para controlar el ejercicio de un amplio poder por el Estado con objeto de imponer su jurisdicción penal al funcionario de otro Estado. No obstante, resulta problemático que, sin la intervención de la Corte, la autoridad interpretativa recaiga en los propios Estados o en órganos regionales.

19. El orador suscribe la opinión de la Relatora Especial de que los crímenes internacionales pueden considerarse «actos realizados a título oficial» a los efectos de la inmunidad. La Relatora Especial presenta dos argumentos convincentes: en primer lugar, que la idea que defienden algunos tribunales y juristas de que un crimen internacional no puede ser un acto realizado a título oficial es contraria a las definiciones de muchos de esos crímenes en instrumentos convencionales; y, en segundo lugar, que no considerar esos crímenes como actos oficiales podría hacer que no fueran atribuibles al Estado, permitiéndole eludir su responsabilidad internacional por su comisión. El orador también celebra la intención de la Relatora Especial de estudiar los efectos de los crímenes internacionales con respecto a la inmunidad en el contexto de las excepciones a la inmunidad, algo que hará en su quinto informe.

20. Otra cuestión que debe considerarse es la inmunidad diplomática *ratione materiae* y, en particular, si la posición de los exdiplomáticos a ese respecto es idéntica a la de otros funcionarios del Estado. A diferencia de la inmunidad de otros funcionarios del Estado, la inmunidad *ratione materiae* de los diplomáticos es de naturaleza convencional. Aunque algunos juristas sostienen que la inmunidad diplomática es un reflejo de la inmunidad general *ratione materiae* de otros funcionarios del Estado, otros consideran que es más amplia. Se plantea la cuestión de si las excepciones a la inmunidad *ratione materiae* aplicables a los funcionarios del Estado también se aplican a los exdiplomáticos. Otra es si la inmunidad *ratione materiae* de los exdiplomáticos se aplica *erga omnes* respecto de los Estados distintos del Estado ante el que está acreditado el diplomático. Si bien en el segundo informe sobre el tema[281] se indica que el actual proyecto excluye de manera específica los tratados sobre relaciones diplomáticas, la cuestión de la inmunidad diplomática *ratione materiae* merece, dada su importancia, alguna reflexión de la Relatora Especial, aunque sea en los comentarios.

21. Al igual que los oradores anteriores, el orador ve un problema en calificar un «acto realizado a título oficial» de delictivo por naturaleza, ya que ello podría dar lugar a la conclusión poco probable de que todos los actos realizados a título oficial son crímenes. Por consiguiente, debe suprimirse el elemento de criminalidad del proyecto de artículo 2 *f* y tal vez incluir una referencia al respecto en el proyecto de artículo sobre el alcance.

22. En cuanto a la cuestión de los actos *ultra vires* y si deben considerarse actos realizados a título oficial, la legislación y la jurisprudencia nacionales varían ampliamente. No obstante, en el derecho internacional, el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[282] parece sugerir que ciertos actos *ultra vires* se consideran actos oficiales que pueden atribuirse al Estado. Si bien el tema de la inmunidad y los artículos sobre la responsabilidad de los Estados se basan en distintos fundamentos, varios

[281] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661.

[282] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

juristas han insistido en establecer una correlación entre ambos. En todo caso, la cuestión de si a esos actos oficiales se les aplica la inmunidad *ratione materiae* puede tratarse cuando la Relatora Especial aborde las excepciones a la inmunidad en su próximo informe. Dicho esto, el orador comparte la opinión de que la Relatora Especial parece ampliar el alcance de los actos *ultra vires* más allá de lo previsto en el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Dada la importancia de la cuestión, se debe hacer referencia al concepto de *ultra vires* en el actual proyecto, al menos en los comentarios.

23. En lo que respecta a la expresión «funcionario del Estado», que aparece en el proyecto de artículo 2 *f* y el proyecto de artículo 6, es importante dejar en claro si se utiliza en su sentido estricto, tal como se define en el proyecto de artículo 2[283], o para referirse a personas, órganos o entidades que no son funcionarios del Estado *per se* pero han actuado en nombre del Estado. Es preciso aclarar otros términos que aparecen en los proyectos de artículo, como las palabras «prerrogativas» y «poder público» que figuran en el proyecto de artículo 2 *f*. El orador apoya que se incluyan en los comentarios ejemplos de funcionarios del Estado que ejercen prerrogativas del poder público a fin de aclarar la definición. El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no es necesario, y debería considerarse la posibilidad de trasladar su contenido al comentario.

24. Como la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado es delicada desde el punto de vista político, debe abordarse con cautela para lograr un consenso al respecto en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Al abordar la cuestión, la Relatora Especial debe tratar de hallar un equilibrio entre preservar las normas básicas de los regímenes de inmunidad existentes y responder a los esfuerzos de la comunidad internacional para luchar contra la impunidad. El orador propone que en el quinto informe se aborden todas las cuestiones pendientes, tanto sustantivas como de procedimiento, relacionadas con el tema. Ello permitirá a los miembros de la Comisión cuyo mandato concluye al final del quinquenio en curso exponer sus opiniones sobre todos los aspectos del tema y dejar que los futuros miembros ultimen el proyecto.

25. El orador recomienda que los dos proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

26. El Sr. PETRIČ dice que, a pesar de la complejidad del tema que se examina, la Comisión avanza gradualmente hacia la aprobación de un buen conjunto de proyectos de artículo que será de utilidad a los Estados y a todos aquellos que toman parte en decisiones sobre la cuestión de la inmunidad, especialmente la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, teniendo en cuenta las realidades de las relaciones internacionales contemporáneas, cada vez está más convencido de que la Comisión ha sido un tanto imprudente al limitarse a seguir la decisión mayoritaria en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* y restringir la inmunidad *ratione personae* a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores.

27. El cuarto informe de la Relatora Especial contiene un análisis exhaustivo del concepto de «acto realizado a título oficial». El orador suscribe en lo esencial la descripción que figura en el párrafo 21 de las condiciones que se deben cumplir para que una persona goce de inmunidad *ratione materiae*, aunque no está claro por qué debe utilizarse la expresión «que pueda ser considerado como funcionario del Estado». ¿Quiere decir que esa persona puede o no ser funcionario? ¿La persona debe ser considerada como funcionario del Estado por quienes le dan órdenes o la autorizan para que actúe en nombre del Estado y, tal vez, para que cometa un delito, o por quienes intentan procesarla? Dicho esto, el orador coincide con la Relatora Especial en que solo el «acto realizado a título oficial» es pertinente para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae*, siendo indiferente quién sea el autor del acto. Por otra parte, el vínculo con el Estado, tanto el que une al funcionario con el Estado, por un lado, como el que relaciona al Estado con ciertos actos que representan expresiones de la soberanía y del ejercicio de funciones del poder público, por otro, debe considerarse el criterio decisivo para determinar si un acto se realiza a título oficial. Ese enfoque se refleja, en cierta medida, en la práctica de los Estados y la práctica judicial.

28. Para definir un «acto realizado a título oficial», la Comisión debe partir de la definición del proyecto de artículo 2 *e* aprobada en el 66º período de sesiones de la Comisión, según la cual «se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales». Es posible que esas personas no sean únicamente las que están oficialmente empleadas en las ramas ejecutiva o legislativa de la administración de un Estado o en su poder judicial, ejército o policía; puede tratarse de personas que trabajan para empresas de mediación privadas dedicadas a la solución de controversias civiles, por ejemplo, o de expertos contratados a corto o largo plazo para desempeñar funciones estatales típicas. Puede considerarse que las personas en esa situación ejercen funciones estatales y, por consiguiente, son funcionarios del Estado, por lo que sus actos, cuando se realizan bajo la autoridad, el control o la supervisión o siguiendo las instrucciones de un Estado, y dentro de los límites de la autoridad que se les confiere, pueden considerarse actos realizados a título oficial.

29. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que la distinción entre «acto realizado a título oficial» y «acto realizado a título privado» no es equivalente a la distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis*. Al determinar los criterios para identificar un «acto realizado a título oficial», la Relatora Especial ha extraído varias conclusiones importantes sobre la base de su análisis de la práctica judicial internacional, regional y nacional, la práctica convencional y la labor de la Comisión. El orador atribuye especial importancia a la conclusión que figura en el párrafo 63 del informe de la Relatora Especial, según la cual, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, un «acto realizado a título oficial» será aquel que se lleva a cabo en «ejercicio de las funciones» propias de los miembros de

[283] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 155.

la misión, y conviene en que la cuestión de si un determinado acto se ha realizado a título oficial debe resolverse caso por caso. Incluso un miembro de una misión contratado a nivel local puede excepcionalmente actuar bajo la autoridad del Estado y en estrecha conexión con este y, por tanto, realizar un acto a título oficial.

30. En lo que respecta a las observaciones formuladas en el párrafo 68 del informe, el orador no está de acuerdo con la conclusión de la Relatora Especial de que, como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no se hace ninguna referencia específica a los posibles autores de un delito de tortura, cabe deducir que la conexión estatal y la naturaleza oficial del acto habrían sido abandonadas. Por el contrario, cabe considerar que ello indica que los posibles autores de actos de tortura no son solo «funcionarios del Estado» oficiales, sino, de hecho, cualquiera que actúe con la autorización o bajo el control del Estado y en conexión con el Estado. No es que el Estatuto de Roma no contempla la conexión del acto con el Estado, sino que no estipula que el acto debe ser cometido por funcionarios del Estado «oficiales». La definición de desaparición forzada que figura en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas es particularmente interesante a este respecto, ya que establece que el crimen debe ser cometido por «agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», es decir, no solo por funcionarios del Estado oficiales, sino también por personas que tengan una conexión con el Estado. Además, los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos abarcan determinados tipos de conducta de personas que no son órganos ni agentes del Estado. Por tanto, debe quedar claro que el vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario, que se examina en el párrafo 111 del informe, también puede existir entre el Estado y las personas que actúen siguiendo las instrucciones, con la autorización o bajo el control del Estado, sobre la base de un contrato. Si bien suscribe el razonamiento de la Relatora Especial sobre la distinción existente entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado, el orador no cree que esas diferencias demuestren que las únicas personas que actúan bajo la autoridad de un Estado son funcionarios del Estado que ejercen atribuciones del poder público.

31. En lo que respecta a los funcionarios *de facto* mencionados en los párrafos 114 y 115 del informe, el orador conviene en que no parece razonable que un Estado pueda pretender la inmunidad para personas a las que voluntariamente no había atribuido el carácter de órgano o de persona facultada para el ejercicio de prerrogativas del poder público o con las que no había establecido un especial vínculo de dependencia y control efectivo en el momento en que cometieron los actos. Por otra parte, si un Estado ha establecido voluntariamente un especial vínculo de dependencia y control efectivo con un funcionario *de facto*, los actos de esa persona que no sean *ultra vires* deben atribuirse al Estado, ya que los funcionarios *de facto* tienen una conexión con el Estado y deben tener la misma condición que los funcionarios del Estado oficiales.

32. Dado que la inmunidad es una norma de derecho internacional, que regula las relaciones entre los Estados, debe ser invocada por el Estado y no por la persona de que se trate. Al invocar la inmunidad *ratione materiae*, el Estado debe demostrar que la persona no ha actuado a título privado, sino bajo la autoridad y el control del Estado como funcionario del Estado, con independencia de su rango o cargo oficial.

33. El orador está de acuerdo con la conclusión de que los dos criterios propuestos por la Relatora Especial en el párrafo 119 para definir el «ejercicio de atribuciones del poder público» deben aplicarse, lógicamente, caso por caso. Con respecto al primer elemento, a saber, actividades que, por su naturaleza, son consideradas como expresiones o contenidos inherentes de la soberanía, debe entenderse que esas actividades abarcan todas las funciones de un Estado soberano moderno. En cuanto al segundo elemento, actividades vinculadas a la soberanía en términos funcionales, el orador no considera necesario examinar la cuestión de la soberanía en ese contexto porque la inmunidad *ratione materiae* es de naturaleza funcional, a diferencia de la inmunidad *ratione personae*, que emana de la soberanía del Estado.

34. Sería conveniente que la Relatora Especial indicara en su próximo informe dónde encontrar información adicional sobre las opiniones relativas a los crímenes internacionales expuestas en el párrafo 121. Dado que los Estados han aceptado la obligación, que incluso cabe calificar de norma imperativa, de prevenir y sancionar los crímenes internacionales, es difícil concebir que se pueda invocar la inmunidad de sus autores. Por consiguiente, esos crímenes deben quedar fuera del alcance de la inmunidad.

35. El orador comparte la preocupación de otros miembros de la Comisión por que en el proyecto de artículo 2 *f* propuesto se afirme que un «acto realizado a título oficial […] por su contenido, constituye un crimen». La cuestión también puede abordarse desde el punto de vista de la *lex certa*. Un acto es un crimen si puede definirse con precisión como tal con arreglo al principio *nulla poena sine lege*; de lo contrario no es un crimen. Algunas actividades pueden ser de carácter criminal pero, si no se definen como crímenes, no son pertinentes para las deliberaciones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae*. Además, la inmunidad se invoca antes de que se demuestre la comisión del crimen. Las palabras «por su contenido, constituye un crimen» deben suprimirse y el apartado debe volver a redactarse. Además, el orador propone que la definición de «acto realizado a título oficial» se amplíe para dejar claro que la expresión designa todo acto realizado por un funcionario del Estado que ejerce atribuciones del poder público o por otra persona que actúe bajo la dirección y el control del poder público. Este planteamiento se ajustaría mejor a la definición de «funcionario del Estado» aprobada en el anterior período de sesiones. Incluso tal vez en este momento no sea conveniente contar con una definición general de «acto realizado a título oficial», ya que cada solicitud de inmunidad debe decidirse caso por caso.

36. Es preciso modificar el proyecto de artículo 6 para tener en cuenta los cambios en la definición de «acto realizado a título oficial» que figura en el proyecto de

artículo 2 *f*. El orador está de acuerdo en que el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no es necesario, ya que su contenido puede mencionarse en el comentario del proyecto de artículo. Ambos proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial deben remitirse al Comité de Redacción.

37. El Sr. MURASE dice que tiene ciertas reservas con respecto al enfoque básico y el contenido del informe de la Relatora Especial. La Comisión no debe centrar su atención en los delitos comunes, sino en los crímenes internacionales graves cometidos por altos funcionarios. Es muy lamentable que los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial socaven los esfuerzos de la Corte Penal Internacional y la comunidad internacional para luchar contra la impunidad. En el cuarto informe de la Relatora Especial, al examinar la cuestión de la actuación a título oficial, ni siquiera se hace referencia al artículo 27, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece que el Estatuto de Roma se aplica por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial.

38. El problema fundamental que plantea este tema es la falta de consenso entre los miembros de la Comisión sobre la finalidad del proyecto de artículos, como parece reconocer la Relatora Especial en el párrafo 135 de su cuarto informe. ¿Pretende la Comisión establecer un principio de inmunidad de los altos funcionarios del Estado, a riesgo de alentar la impunidad, o, por el contrario, trata de elaborar unas normas con objeto de limitar el alcance de la inmunidad para evitar la impunidad de los autores de crímenes internacionales graves? Desde un punto de vista jurídico, la inmunidad y la impunidad son dos cuestiones totalmente distintas; sin embargo, el reconocimiento de una inmunidad sin límites probablemente comportaría la impunidad de estos autores. Es de lamentar que la Comisión parezca tomar ese camino no deseable y, al hacerlo, vaya contra el requerimiento normativo de la comunidad internacional en favor de la lucha contra la impunidad.

39. Ahora bien, aun cuando las reglas de competencia de los tribunales nacionales varíen según los ordenamientos jurídicos y no se puedan equiparar al mandato de los tribunales penales internacionales, la Comisión no debe establecer un régimen para los tribunales nacionales que sea radicalmente diferente del establecido en virtud del Estatuto de Roma. Los regímenes nacionales e internacionales, lejos de oponerse diametralmente, deben reforzarse mutuamente. Debe adoptarse el mismo enfoque para el tema actual que el adoptado para los crímenes de lesa humanidad. Además, la Comisión debe permanecer fiel a sus trabajos anteriores, especialmente al artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[284].

40. Es importante establecer si el contenido de la noción de «actos realizados a título oficial» viene determinado por el derecho internacional o el derecho nacional y, en caso de prevalecer el derecho nacional, si se aplica el derecho del Estado en que el funcionario está prestando sus servicios o el derecho del Estado del foro. La conclusión de la Relatora Especial de que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de qué entendemos por «acto realizado a título oficial» se contradice con la conclusión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en el sentido de que un acto realizado a título oficial debe venir determinado exclusivamente por cada Estado. Al mismo tiempo, la Sala de Apelaciones ha destacado que, en casos excepcionales de graves crímenes internacionales, el derecho penal internacional sirve de criterio determinante. Por consiguiente, el concepto de «acto realizado a título oficial» sigue sin estar claro.

41. En relación con los fallos examinados por la Relatora Especial en su análisis de la práctica judicial internacional, la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* se refiere a la inmunidad *ratione personae* de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio, mientras que el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* se limita a confirmar que el Estado que pretende invocar la inmunidad para uno de sus órganos debe notificarlo a las autoridades del otro Estado afectado. Tanto el fallo de la Corte en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se citan en los párrafos 43 a 47 del informe se refieren a la cuestión de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción civil de los Estados extranjeros, mientras que los fallos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia hacen referencia a la inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales internacionales. Entretanto, las resoluciones de los tribunales nacionales distan de ser uniformes, como ha indicado la propia Relatora Especial.

42. Habida cuenta de la naturaleza poco concluyente de la jurisprudencia internacional y la práctica nacional y convencional, la Comisión debe emprender una labor de desarrollo progresivo del derecho internacional, y no de codificación. Además, dada la falta de claridad sobre el concepto de «título oficial», no puede utilizarse como criterio viable para determinar el alcance de la inmunidad *ratione materiae*.

43. Como ha señalado la Relatora Especial en el párrafo 121 de su informe, la relación entre inmunidad y crímenes internacionales no está claramente definida. El orador suscribe la posición expresada en la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, según la cual los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados actos oficiales porque no corresponden a funciones estatales normales ni a funciones que pueda ejercer un solo Estado. Por cierto, la forma en que la Relatora Especial cita ese pasaje en el párrafo 38 de su informe es algo confusa, puesto que los magistrados en cuestión, de hecho, no cuestionaban si los crímenes internacionales graves podían considerarse actos oficiales, sino que afirmaban claramente que no podían. En todo caso, si los crímenes internacionales graves no pueden considerarse actos oficiales, no debe concederse inmunidad *ratione materiae* a los funcionarios del Estado autores de esos delitos.

[284] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

44. El concepto de «doble responsabilidad» al que alude la Relatora Especial parece ser una fácil solución de compromiso y resulta artificial en el contexto del examen de la inmunidad *ratione materiae*. Además, no explica claramente la relación entre un acto realizado a título oficial y los crímenes internacionales. Como la Relatora Especial propone analizar la importantísima cuestión de las excepciones en su próximo informe, tal vez sería aconsejable aplazar el examen de los proyectos de artículo propuestos al próximo período de sesiones, aunque el orador no se opondrá a que se remitan al Comité de Redacción en el actual período de sesiones si la mayoría de los miembros de la Comisión así lo desean.

45. En cuanto a los dos proyectos de artículo, el orador tiene dificultades con la definición de «acto realizado a título oficial» que se propone en el proyecto de artículo 2 *f*, ya que parece sugerir que todos los funcionarios del Estado que actúan en calidad de tales son criminales, aunque comprende que no es esa la intención de la Relatora Especial. La definición tendría que matizarse para que tenga sentido. De hecho, como ha dicho el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su declaración ante la Comisión, toda la cuestión de la inmunidad debe abordarse desde la perspectiva de las víctimas de los crímenes internacionales y no de los funcionarios del Estado. A tal efecto, primero sería necesario aclarar cuál es el derecho aplicable con objeto de determinar el contenido de la actuación «a título oficial» y qué criterios deben utilizarse para comprobar su existencia. Cabe citar el ejemplo de *Japón c. William S. Girard*, en que el Tribunal de Distrito de Maebashi dictaminó que la expresión «a título oficial» requiere la existencia de un vínculo sustancial entre el acto del funcionario y sus funciones oficiales.

46. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 deben suprimirse las palabras finales «tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato». En el párrafo 2 se debe suprimir la palabra «únicamente» y añadir al final la frase «en la medida en que exista un vínculo verdadero y sustancial con la función del funcionario» y, en la versión en inglés, se debe insertar «*the*» antes de «*acts*». En cuanto al párrafo 3, se acepta de manera general que, en el caso de los altos funcionarios, la inmunidad *ratione materiae* es la inmunidad residual de la inmunidad *ratione personae*, por analogía con la inmunidad diplomática residual *ratione materiae* prevista en el artículo 39, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y con la inmunidad residual del Jefe de Estado reconocida en la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *Pinochet*. El orador tiende a estar de acuerdo en que el párrafo 3 es innecesario y debe suprimirse. Si se mantiene, sería más apropiado ubicarlo en el proyecto de artículo 4 sobre la inmunidad *ratione personae*[285].

47. El Sr. TLADI recuerda que la cuestión de quién tiene derecho a la inmunidad *ratione personae* se planteó al inicio del actual quinquenio. Algunos miembros se han mostrado a favor de una aplicación muy restrictiva de esa inmunidad, mientras que otros han propugnado que se haga extensiva a un círculo de personas aún más amplio que el recomendado actualmente.

48. El párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se refiere a la responsabilidad penal, no a la inmunidad. La disposición sobre la inmunidad es el párrafo 2 del artículo 27, que se refiere claramente a las actuaciones de la Corte, algo ajeno al tema que se examina. En la causa relativa a *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte interpretó el artículo 27 de forma muy restrictiva y dictaminó que el artículo se aplicaba únicamente a los funcionarios de los Estados partes en el Estatuto de Roma.

49. El Sr. CANDIOTI pide a la Relatora Especial que especifique qué tipo de crímenes quedarían amparados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. ¿Todos, o solo los crímenes graves que hayan cometido esas personas?

50. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que del proyecto de artículo 1 y su comentario[286] se desprende claramente que el tema abarca cualquier comportamiento delictivo de los funcionarios del Estado que pueda estar sujeto a la jurisdicción penal del Estado del foro, es decir, cualquier crimen y, lógicamente, también los crímenes según el derecho internacional. Aquí es donde entra en juego la cuestión de las excepciones, que la Relatora Especial abordará en su próximo informe. Comprende perfectamente las preocupaciones del Sr. Murase y el Sr. Candioti sobre los crímenes según el derecho internacional.

51. En lo que respecta a la observación expresada por el Sr. Candioti en una etapa anterior del debate sobre los términos utilizados en español para la palabra inglesa «*crime*», la Relatora Especial señala que en muchos países de habla española ya no hay distinción entre los términos «crimen» y «delito». No obstante, el Sr. Candioti tiene razón cuando afirma que «delito» es el término adecuado para referirse a «*serious crime*» en el derecho interno. La Relatora Especial ha utilizado la palabra «crimen» porque es la que suele emplearse a nivel internacional, en particular en el sistema de las Naciones Unidas, para referirse a una actividad que podría tener consecuencias con arreglo al derecho penal.

52. El Sr. CANDIOTI dice que la definición de «crimen» debe redactarse de forma que quede claro que abarca una amplia gama de crímenes, incluido el genocidio.

53. El Sr. MURASE dice que el texto del artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se vio fuertemente influido por el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996. En el comentario al artículo 7 del proyecto de código se indica que el artículo tiene por objeto impedir que se reconozca inmunidad alguna a nadie que haya cometido un crimen de esa índole. El párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma se refiere a la responsabilidad penal y, sin duda, guarda relación con la cuestión de la inmunidad.

54. El Sr. NIEHAUS dice que sería necesario que el grupo de habla española aclare la utilización y el contenido de los términos «crimen», «delito», «matanza» y «homicidio».

[285] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

[286] Ibíd., págs. 43 a 47.

55. El Sr. PETRIČ dice que la observación del Sr. Candioti es importante desde una perspectiva no solo lingüística. Cuando la Comisión comenzó a debatir el tema, su intención era abarcar los crímenes graves, no solo los crímenes según el derecho internacional. Al mismo tiempo, parece extraño abordar estos últimos bajo el epígrafe de las «excepciones a la inmunidad» y no haberlos tratado aún. Ello le lleva a preguntarse qué dirección está tomando la Comisión y qué crímenes tiene en mente.

56. El Sr. KAMTO dice que, en francés, la cuestión puede simplificarse hablando de «*infractions pénales*», habida cuenta de que ese término abarca «*délit*» y «*crime*». «*Meurtre*» se distingue de «*assassinat*» en que el primero implica un elemento de intencionalidad y el segundo no. Hay que señalar que la Relatora Especial ha anunciado su intención de abordar las excepciones a la inmunidad en sus próximos informes.

57. El Sr. FORTEAU dice que el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 1 que ha sido aprobado por la Comisión aclara que el ámbito de aplicación de los proyectos de artículo abarca todos los casos de responsabilidad penal. La Relatora Especial ya ha propuesto una definición de «jurisdicción penal» que se ha remitido al Comité de Redacción, donde aún se está examinando.

58. El Sr. PETER dice, a modo de observación preliminar, que la labor de la Comisión sobre el tema podría haber avanzado más rápido y con una menor pérdida de tiempo y recursos si la Relatora Especial no hubiera tenido que empezar de nuevo y se hubiera basado en los trabajos del anterior Relator Especial[287]. Tal vez la Comisión desee replantearse sus métodos de trabajo tradicionales a ese respecto.

59. En su cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la Relatora Especial realiza una síntesis muy útil de sus informes anteriores[288] y del debate sobre el tema en la Sexta Comisión. También analiza exhaustivamente la práctica judicial internacional y nacional, la práctica convencional y los trabajos anteriores de la Comisión en un esfuerzo por abordar la cuestión de cómo determinar si un acto se realiza a título oficial. Lamentablemente, la práctica judicial no ha servido de mucha orientación a ese respecto, ya que las resoluciones no han sido uniformes ni se han basado en hechos. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia considera que los crímenes atroces son actos *iure imperii* y concede inmunidad al Estado responsable de ellos por motivos puramente técnicos; resulta refrescante leer la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade, que afirma que los crímenes internacionales no son actos de Estado. La resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido* es inquietante porque parece describir la tortura como un acto realizado en nombre de un Estado por el que los implicados pueden alegar inmunidad. A veces los tribunales nacionales han aplicado un doble rasero, como señala en el párrafo 56 de su cuarto informe la Relatora Especial, que en el párrafo 54 menciona algunas resoluciones extrañas y escalofriantes en que auténticos crímenes se han considerado un ejercicio de soberanía. En vista de la importancia fundamental de los derechos humanos, la Comisión debe actuar con enorme prudencia en su análisis de la inmunidad y no debe aceptar ciegamente las resoluciones judiciales sobre la materia.

60. El examen de los otros trabajos pertinentes de la Comisión que hace la Relatora Especial en los párrafos 78 a 94 de su cuarto informe sirve para recordar que ya se han hecho muchos progresos en este ámbito y que se iría mucho más rápido si la Comisión se abstuviera de avanzar y retroceder con respecto a las mismas cuestiones.

61. El orador tiene un pequeño problema con el tercer elemento característico del «acto realizado a título oficial» que plantea la Relatora Especial en el párrafo 95 de su informe, a saber, que implica «el ejercicio de soberanía y prerrogativas del poder público». Es preciso que la expresión «prerrogativas del poder público» sea más estricta para que solo gocen de inmunidad quienes realmente la merecen, y no simplemente cualquier persona vagamente relacionada de alguna forma con el gobierno.

62. El plan de trabajo futuro es realista, y el orador apoya la propuesta de la Relatora Especial de abordar la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad en su quinto informe. Como se señala en el párrafo 135 de su cuarto informe, la importancia de esa cuestión ha sido destacada por la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Además, dado que la Relatora Especial ha realizado un análisis eficaz de los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, ha llegado el momento de iniciar un debate sobre un tema que es bastante controvertido. El orador confía en que, en su quinto informe, la Relatora Especial examine instrumentos como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, a su juicio, está ayudando a luchar contra la impunidad.

63. La cuestión de saber si los límites y excepciones deben abordarse junto a las cuestiones relativas al procedimiento es de carácter práctico y depende del volumen de trabajo de la Relatora Especial. Dado que la cuestión de los límites y excepciones es sin duda la más políticamente delicada de las que deben abordarse en el proyecto de artículos, ha sido objeto de constante debate y es considerada por algunos miembros el objeto mismo del tema, el orador se pregunta por qué la Comisión desea precipitarse, en particular habida cuenta de que combinarla con las cuestiones de procedimiento dará lugar a un voluminoso informe. Ese importante aspecto debe abordarse con cautela. El orador no ve ningún problema en la decisión de publicar un quinto informe en 2016 y un sexto informe en 2017, con nuevos miembros. A la Comisión difícilmente le faltará trabajo en ese intervalo.

64. Después de haber analizado el material durante tanto tiempo, la Relatora Especial es un tanto austera con

[287] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar del anterior Relator Especial, Sr. Kolodkin); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

[288] *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe); y *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673 (tercer informe).

sus proyectos de artículo. Si bien no tiene nada que decir sobre el proyecto de artículo 6, el orador considera que el término inglés «*elements*» («prerrogativas») en el proyecto de artículo 2 *f* es demasiado vago y sugiere que el Comité de Redacción busque otro que dé más seguridad. En ese entendimiento, recomienda la remisión de ambos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

65. El Sr. KITTICHAISAREE dice que el cuarto informe está bien fundamentado y estructurado y constituye una útil base para el debate. El régimen de la inmunidad *ratione materiae* está menos definido que el de la inmunidad *ratione personae*, y la práctica de los Estados al respecto no es uniforme, en parte porque algunos tribunales nacionales no tienen clara la diferencia entre la inmunidad de los Estados y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Ante la dificultad de establecer criterios sólidos para determinar la existencia de un «acto realizado a título oficial», se ha sugerido que la Relatora Especial cite el mayor número posible de ejemplos de jurisprudencia nacional e internacional en apoyo del proyecto de artículo 2 *f*. A ese respecto, el orador suscribe la observación escrita de Polonia en el sentido de que queda margen de desarrollo progresivo con respecto a la inmunidad *ratione materiae*, en especial a la luz de la tendencia de la comunidad internacional a restringir la inmunidad, como lo confirman las declaraciones de varios Estados en la Sexta Comisión y sus observaciones escritas, en particular desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

66. En cuanto a la metodología utilizada en el cuarto informe, es importante no transponer todo el régimen del texto de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos a los proyectos de artículo sobre la inmunidad. El orador entiende la posición de la Relatora Especial de que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica a los actos *ultra vires*, a pesar de que, de conformidad con el artículo 7 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, esos actos son atribuibles a los Estados. En su opinión, la posición de la Relatora Especial es acertada porque el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* abarca únicamente los actos oficiales. Si bien es difícil definir el alcance exacto de los actos *ultra vires*, la Comisión podría al menos convenir en que no incluyen los actos que no forman parte de las funciones oficiales de la persona de que se trate con arreglo al derecho del Estado en que la persona ejerce su cargo. El orador está de acuerdo con la posición de muchos tribunales nacionales, mencionada en el párrafo 58 del informe, de que se debe denegar la inmunidad cuando los actos de los funcionarios del Estado están estrechamente vinculados a una actividad privada y tienen por objeto el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del órgano que ostenta la soberanía, en particular en los casos de corrupción.

67. Pese a que la cuestión de si los contratistas privados empleados por un Estado para realizar actos en su nombre tienen derecho a la inmunidad *ratione materiae* es cada vez más importante, el informe no da ninguna indicación al respecto. Tras haber estudiado el asunto por su cuenta, el orador observa que hay divergencias de opinión entre los juristas internacionales, incluso entre los de la misma tradición jurídica. Unos opinan que esos contratistas privados tienen derecho a la inmunidad *ratione materiae*, mientras que, por el contrario, otros creen que es ilegal permitir que particulares realicen labores públicas que entrañen el ejercicio de la autoridad soberana, sobre todo habida cuenta de que los contratistas no están sujetos a las medidas disciplinarias impuestas a los funcionarios del Estado. La corriente de opinión intermedia considera que si se concede inmunidad a los contratistas privados, esta debe estar sujeta a estrictas condiciones para evitar que se cometan delitos impunemente. Sin embargo, cabe señalar que hay una tendencia incipiente a restringir o incluso denegar la inmunidad *ratione materiae*, en particular respecto de los contratistas privados. Por ejemplo, el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre los Estados Unidos de América y el Iraq no concede inmunidad a los contratistas privados estadounidenses, sino que reconoce al Iraq el derecho prioritario a ejercer su jurisdicción penal sobre los contratistas estadounidenses y sus empleados. También cabe destacar el Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada[289], que establece las obligaciones de los proveedores de servicios de seguridad privados, en particular en relación con el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, y está sujeto a un mecanismo de supervisión independiente. Esos instrumentos pueden allanar el camino hacia una cultura de rendición de cuentas por los contratistas privados.

68. El orador suscribe la conclusión de la Relatora Especial de que los crímenes internacionales pueden ser calificados de actos realizados a título oficial porque esos crímenes a menudo se cometen desde el aparato del Estado y con su cobertura. No obstante, discrepa de la posición de la Relatora Especial según la cual únicamente los funcionarios del Estado pueden cometer crímenes internacionales. Las observaciones de la Comisión sobre la redacción de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg)[290], el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954[291] y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias imperantes en ese momento. Es práctica establecida en la actualidad que las personas que no tienen relación con un Gobierno pueden cometer crímenes internacionales, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. A pesar de las observaciones que figuran en el informe de la Relatora Especial en relación con varios casos de tortura, el orador sostiene que la jurisprudencia del Tribunal, en particular en el fallo de 2002 de la Sala de Apelaciones en la causa del *Fiscal c. Kunarac, Kovač*

[289] Puede consultarse en el sitio web de la Asociación del Código de Conducta Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada: www.icoca.ch.

[290] *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/1316, págs. 374 y ss.; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento núm. 12* (A/1316), párrs. 95 a 127.

[291] *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/2693, págs. 151 y 152; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento núm. 9* (A/2693), párr. 54.

y Vuković, muestra que se puede infligir tortura fuera del contexto de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sin la participación del Gobierno.

69. Además, en lo que respecta al elemento normativo de los crímenes internacionales, es bien sabido que los actos cometidos por grupos de personas que no tienen relación con el Gobierno, pero que han actuado de conformidad con un plan o política formulados por ese grupo, pueden calificarse de crímenes de lesa humanidad con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Lo contrario significaría que los miembros de grupos armados como el Ejército de Resistencia del Señor no pueden cometer crímenes de lesa humanidad con arreglo al Estatuto de Roma.

70. Con respecto al proyecto de artículo 2 *f*, el orador coincide con otros miembros en que no es adecuado definir un acto realizado a título oficial como acto constitutivo de un crimen respecto del cual el Estado del foro puede ejercer su jurisdicción penal. Son el estatuto oficial de la persona y el carácter oficial del acto realizado los que plantean la cuestión de la inmunidad funcional cuando la persona está siendo buscada para su procesamiento penal en el extranjero. El carácter delictivo del acto en cuestión se refiere únicamente al ejercicio de la jurisdicción penal por el tribunal extranjero de que se trate y no explica si el acto fue realizado a título oficial. Se trata de tesis basadas en las conclusiones de la Relatora Especial que figuran en los párrafos 96, 97 y 112 de su informe con respecto a la naturaleza delictiva de un acto realizado a título oficial, que no están bien fundadas.

71. Con todo, el orador está a favor de remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción, siempre que se suprima del proyecto de artículo 2 *f* toda referencia a la vinculación del acto realizado a título oficial con un crimen. Señala que el comentario de los proyectos de artículo debe aclarar la posición de la Comisión con respecto a los actos *ultra vires* de los funcionarios del Estado y la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los contratistas privados. En cuanto al futuro plan de trabajo, sugiere que en el quinto informe se aborden tanto las excepciones a la inmunidad como las cuestiones de procedimiento, ya que ambas cosas están estrechamente relacionadas.

72. El Sr. WISNUMURTI conviene en que, para estudiar la inmunidad *ratione materiae*, es esencial entender el concepto de «acto realizado a título oficial». También conviene en que, a fin de comprender la naturaleza de ese concepto, es importante recordar que la presencia del Estado en la inmunidad *ratione materiae* se pone de manifiesto por medio de dos conexiones distintas pero complementarias: una que vincula al funcionario en cuestión con el Estado, y otra que vincula al Estado con determinados actos que representan expresiones de soberanía y el ejercicio de funciones del poder público.

73. En sus esfuerzos por definir el concepto de acto realizado a título oficial, la Relatora Especial ha llevado a cabo una amplia investigación de la práctica judicial internacional y nacional, la práctica convencional y otros trabajos de la Comisión y para ello ha utilizado diversas expresiones como «ejercicio de atribuciones del poder público», «acto *iure imperii*», «acto soberano» y «acto del Estado». No obstante, si bien la Relatora Especial aclara esas expresiones en su análisis, lo que ayuda a definir el concepto de acto realizado a título oficial, no todas parecen guardar una relación directa con los proyectos de artículo propuestos.

74. A partir de su análisis, la Relatora Especial concluye, en el párrafo 95 de su cuarto informe, que uno de los elementos característicos del acto realizado a título oficial es su carácter delictivo. Aunque esa conclusión ha sido criticada por algunos miembros, entre otras cosas por ser contraria a la presunción de inocencia, el orador cree que debe interpretarse como una noción descriptiva en virtud de la cual la inmunidad *ratione materiae* solo se invoca después de que el funcionario en cuestión haya sido acusado de un crimen por el Estado del foro que tiene la jurisdicción penal. Si ningún funcionario es sospechoso de haber cometido un crimen, entonces no podrá invocarse la inmunidad *ratione materiae*, por lo que no se plantea la cuestión de la presunción de inocencia.

75. En lo que respecta al concepto de «un acto, dos responsabilidades», el orador está de acuerdo con la Relatora Especial cuando afirma, en el párrafo 105, que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* es autónoma y distinta de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Una importante cuestión que se plantea en el informe es la necesidad de que exista un vínculo entre el acto realizado a título oficial y la atribución del acto a un Estado y, en última instancia, a su soberanía, habida cuenta de que el acto constituye una manifestación de la soberanía en forma de ejercicio de atribuciones del poder público. Este último es un importante elemento del concepto de acto realizado a título oficial. A este respecto, el orador suscribe la conclusión de la Relatora Especial en el párrafo 119 de que la definición del ejercicio de atribuciones del poder público debe basarse en dos criterios: determinadas actividades que, por su naturaleza, son consideradas como expresiones o contenidos inherentes de la soberanía, y determinadas actividades que se producen en aplicación de políticas y decisiones estatales que implican un ejercicio de la soberanía y que, por tanto, se conectan con ella en términos funcionales. El orador también conviene en que esos criterios deben aplicarse caso por caso. Apoya la posición de la Relatora Especial sobre el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, es decir, su aplicabilidad en cualquier momento tras la comisión del acto, tanto si el funcionario en cuestión se encuentra todavía en el ejercicio de su mandato como si ya ha dejado de estarlo.

76. En cuanto a los proyectos de artículo, el orador dice que, en lo esencial, no tiene ningún problema con el proyecto de artículo 2 *f*. Las inquietudes que plantea la frase «en ejercicio de prerrogativas del poder público» pueden atenderse incluyendo en el comentario la explicación que figura en el párrafo 119 del informe. Además, si la calificación de un acto realizado a título oficial como constitutivo de un crimen se sigue considerando un problema, debe resolverse en el Comité de Redacción. También sería útil explicar en el comentario el concepto de «un acto, dos responsabilidades» sobre la base de los

párrafos 98 y 99 del informe. El orador no tiene ninguna dificultad especial con el proyecto de artículo 6, ya que refleja el entendimiento general resultante de las anteriores deliberaciones de la Comisión, pero mantendrá una actitud abierta en lo que respecta a la indicación de que el párrafo 3 es innecesario.

77. El orador acoge con satisfacción la propuesta de la Relatora Especial de analizar la cuestión políticamente delicada de los límites y excepciones en su quinto informe. Mantiene la opinión de que la Comisión no debe comenzar a estudiar la cuestión hasta haber completado su estudio sobre los aspectos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. En conclusión, está a favor de que se remitan ambos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

78. Sir Michael WOOD dice que el cuarto informe cita numeroso material de diferentes ramas del derecho y que no siempre está claro cómo ese material ha llevado a la Relatora Especial a sacar esas conclusiones y proponer esos textos. Sobre el tema de los términos y definiciones, recuerda que, en su 66º período de sesiones, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 2 *e*, que contiene una definición de la expresión «funcionario del Estado», y el proyecto de artículo 5, en el que se afirma que los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera, así como un comentario al proyecto de artículo 5 en que se explican algunas de esas expresiones[292]. También hizo referencia a los actos realizados a título oficial en el proyecto de artículo 4, párrafo 2, en la expresión «todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial»[293]. La Relatora Especial propone ahora que la expresión «acto realizado a título oficial» se utilice en el proyecto de artículo 6, pero, al igual que otros miembros, el orador dista de estar convencido de la necesidad de una definición de la expresión en el proyecto de artículo 2 *f*.

79. En cuanto a la metodología del informe, el orador comparte la opinión de que no es particularmente útil reunir referencias a casos en que se utilizan las expresiones «actos oficiales» o «actos realizados a título oficial» en tratados, jurisprudencia internacional y nacional y obras académicas. Será necesario analizar en detalle cada ejemplo para comprender su efecto y, lo que es más importante, las referencias se encuentran en determinados contextos y son en su mayor parte *ad hoc*. La cuestión de qué constituye un acto oficial debe examinarse caso por caso.

80. El orador también hace suyas las observaciones de los miembros que consideran que el proyecto de artículo 2 *f* no debe establecer que un acto realizado a título oficial constituye un crimen, y considera que la sustitución por las palabras «puede constituir» no sería realmente de gran ayuda. Por otra parte, si se suprimiera la segunda parte del proyecto de artículo, la definición sería tan breve que prácticamente quedaría desprovista de sentido. En cualquier caso, el orador agradecería que la Relatora Especial aclarase la expresión «en ejercicio de prerrogativas del poder público» e indicara si pretende ser más amplia o más limitada que la expresión «actos oficiales».

81. En cuanto al proyecto de artículo 6, el orador conviene en que el párrafo 3 podría omitirse y abordarse en el comentario. Por lo que respecta al párrafo 1, comparte las dudas del Sr. Murphy acerca de las expresiones «en ejercicio del cargo» y «mandato». El párrafo 2 tiene una redacción bastante extraña, y la última frase parece tener distinto sentido según la versión lingüística. Lamentablemente, lo mismo cabe decir de muchos de los términos que se están examinando.

82. De cara al futuro, el orador recuerda que, desde el principio, ha creído que la Comisión debe abordar los aspectos de procedimiento del tema en una etapa temprana. El anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, se ocupó muy bien de la cuestión en su tercer informe, lo que dio lugar a un debate constructivo. El orador señala que la actual Relatora Especial tal vez desee utilizar el resumen del contenido de ese informe, que figura en su párrafo 61[294], como base de sus trabajos y de los futuros debates de la Comisión sobre el tema.

83. Por otra parte, el orador espera que la Relatora Especial no siga la sugerencia del Sr. Hassouna de volver a tratar la cuestión de la inmunidad diplomática *ratione materiae*, a la luz de la cláusula «sin perjuicio» a ese respecto que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente por la Comisión.

84. En conclusión, pese a las serias dudas que ha planteado, el orador está a favor de remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción, en el entendimiento de que el Comité considerará la posibilidad de suprimir el proyecto de artículo 2 *f*.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

3276ª SESIÓN

Jueves 23 de julio 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, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

---

[292] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 158 y 159.

[293] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

[294] *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646, págs. 257 y 258.

Cooperación con otros órganos (*conclusión*[*])

[Tema 13 del programa]

Declaración de representantes de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a los representantes de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana (CDIUA), el Sr. Solo, el Sr. Appreku y el Sr. Ben Dhiab, y los invita a hacer uso de la palabra.

2. El Sr. SOLO (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) da las gracias a la Comisión de Derecho Internacional por haber invitado a la CDIUA a exponerle sus trabajos y a participar en un intercambio de opiniones sobre cuestiones de interés común. Destacando que la CDIUA es una institución reciente, en particular si se compara con la Comisión de Derecho Internacional, recuerda que se estableció en 2009 y se inspira en los objetivos y principios comunes consagrados en los artículos 3 y 4 del Acta Constitutiva de la Unión Africana que, entre otras cosas, tienen por objeto acelerar el desarrollo socioeconómico del continente africano mediante la promoción de la investigación en todos los ámbitos. La creación de la CDIUA también tenía por objeto promover el estado de derecho y el respeto de las normas y principios de derecho internacional para reforzar la paz, la seguridad y la integración regional en el continente africano, así como aumentar la contribución de África a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. La CDIUA, que tiene su sede en Addis Abeba, representa a África y se ocupa tanto del derecho internacional como de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho regional de la Unión Africana. Su mandato es bastante parecido al del Comité Jurídico Interamericano, pero también se inspira en gran medida en el de la Comisión de Derecho Internacional. Dado que acaba de llegar, la CDIUA quiere aprovechar la experiencia acumulada por las entidades homólogas creadas antes que ella. De conformidad con su estatuto, tiene los siguientes objetivos: *a*) realizar actividades relativas a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional en el continente africano, con especial hincapié en las leyes de la Unión Africana contenidas en los tratados de la Unión, en las decisiones de sus órganos normativos y en el derecho internacional consuetudinario africano dimanante de la práctica de los Estados miembros; *b*) proponer proyectos de acuerdos marco, proyectos de reglamentos modelo y fórmulas para facilitar la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional; *c*) ayudar a revisar los tratados de la Unión Africana en vigor y a determinar los ámbitos que requieren nuevos tratados y elaborar proyectos de texto al respecto; realizar estudios sobre cuestiones jurídicas de interés para la Unión y sus Estados miembros; *d*) promover la enseñanza y el estudio del derecho internacional, así como la publicación y difusión de obras sobre derecho internacional, en particular las leyes de la Unión destinadas a promover la aceptación y el respeto de los principios de derecho internacional, la solución pacífica de los conflictos, el respeto de la Unión y el recurso a sus órganos en caso necesario. La CDIUA está integrada por 11 miembros que ejercen sus funciones a título personal y cuya designación, que se decide con arreglo a criterios de competencia y nacionalidad, tiene en cuenta la necesidad de velar por mantener una representación geográfica regional equitativa, una representación de los diferentes sistemas jurídicos del continente y una representación equitativa de hombres y mujeres. Se reúne dos veces al año, en abril y octubre o noviembre, en períodos de sesiones ordinarios de dos semanas, y puede, además, celebrar períodos de sesiones extraordinarios. Ha publicado la primera edición de su Anuario y está previsto que publique la segunda a lo largo del año. También está preparando la segunda edición de su boletín de derecho internacional y se invita a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional a que aporten sus contribuciones.

3. Por lo que respecta a las actividades de la CDIUA, el orador indica que esta ha concluido varios estudios sobre diversos temas, como los fundamentos jurídicos de las reparaciones por esclavitud y otros daños sufridos en África o la revisión de los tratados de la Organización de la Unidad Africana y la Unión Africana. La CDIUA también ha iniciado trabajos sobre otras cuestiones y, en particular, está tratando de recopilar la práctica de los Estados africanos en materia de derecho internacional, elaborar una convención africana de cooperación y auxilio judicial, establecer marcos jurídicos a nivel continental en materia de piratería y migración y proceder al estudio y la codificación del derecho ambiental comparado africano y la legislación minera y petrolera. También está estudiando la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Asimismo, tiene previsto, entre otras cosas, elaborar un proyecto de convención continental sobre la doble imposición y realizar un estudio para la elaboración de una ley modelo sobre la incorporación de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño en el derecho interno. Después de su período ordinario de sesiones del segundo semestre organiza un foro anual que en su segunda edición abordó «El derecho de la integración regional en África» y, en la tercera, celebrada en Addis Abeba los días 11 y 12 de diciembre de 2014, la cuestión de los progresos de la codificación del derecho internacional en África en ámbitos en los que ya existen, en el continente africano, una práctica de los Estados y abundantes elementos de jurisprudencia y doctrina. Cabe citar, entre los temas tratados en este foro, las relaciones entre el derecho de la Unión Africana y el derecho de las diferentes comunidades económicas africanas o la experiencia del Commonwealth en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. Se invita cordialmente a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional a participar en el cuarto foro de la CDIUA, que está previsto celebrar en Egipto los días 19 y 20 de octubre de 2015, titulado «Dificultades de la ratificación y aplicación de los tratados en África». También en el marco de las actividades de la CDIUA, cada año se organiza un curso regional de derecho internacional de las Naciones Unidas, cuya quinta edición se celebró en febrero de 2015 en Addis Abeba.

4. En calidad de Secretario Ejecutivo de la CDIUA, el Sr. Ben Dhiab se encarga más concretamente de los aspectos del mandato de la Comisión relativos a la cooperación con otros órganos, prevista en el artículo 25 de

[*] Reanudación de los trabajos de la 3274ª sesión.

su estatuto. Sería beneficioso reforzar la cooperación con la Comisión de Derecho Internacional, tanto entre los miembros de ambas Comisiones como entre sus respectivas secretarías. Se trataría, en el primer caso, de la organización de visitas, la participación de miembros de la Comisión de Derecho Internacional en los períodos de sesiones de la CDIUA, el intercambio de opiniones sobre temas objeto de examen en ambas Comisiones —por ejemplo, en forma de publicaciones—, la organización de seminarios comunes o el establecimiento de un marco permanente que facilite un contacto periódico sobre cuestiones de derecho internacional de interés común. La colaboración entre las secretarías podría, por su parte, permitir un fortalecimiento de las capacidades de la secretaría de la CDIUA y un intercambio de las bases de datos de investigación utilizadas por ambos órganos. Las esferas de cooperación acordadas podrían indicarse en una carta de intenciones entre las Naciones Unidas y la Unión Africana.

5. El Sr. APPREKU (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) desea añadir, en relación con los períodos extraordinarios de sesiones de la CDIUA, que, por ejemplo, uno de ellos se dedicó a la cuestión de Libia porque el Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana estaba indeciso sobre la forma en que debía reaccionar a las resoluciones 1970 (2011) y 1973 (2011) del Consejo de Seguridad y solicitó un dictamen sobre sus consecuencias jurídicas, en particular sobre su validez en derecho internacional y sobre la conformidad de los bombardeos realizados con el espíritu y la letra de esas resoluciones. También se pidió a la CDIUA que emitiera un dictamen jurídico sobre si la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño facultaba al órgano convencional encargado de vigilar su aplicación a someter casos a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La CDIUA consideró conveniente que el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño pudiera remitir ciertos casos a la Corte. No obstante, convendría, a fin de aclarar la cuestión, modificar tanto el texto de la Carta como el estatuto del Comité, algo que la CDIUA puede proponer con arreglo a su mandato.

6. Si bien el artículo 14 del Pacto de la Unión Africana de No Agresión y Defensa Común había previsto la creación de la CDIUA ya en 2004, hicieron falta alrededor de cinco años para aprobar su estatuto y ponerla en funcionamiento. El primer ciclo de sus trabajos en realidad no comenzó hasta 2010 y terminó en abril de 2015 con la designación de nuevos miembros en mayo. Existe cierto solapamiento entre las actividades de la CDIUA y las de otros órganos de la Unión Africana, lo que propicia una colaboración entre ellos. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las delimitaciones fronterizas. En efecto, el Programa de Fronteras de la Unión Africana se aprobó después del estatuto de la CDIUA, que, entre otras cosas, tiene el mandato de estudiar las cuestiones jurídicas relativas a la resolución de las controversias fronterizas. También se ha colaborado en la elaboración de una ley nacional modelo de competencia universal en materia de crímenes internacionales.

7. Entre los temas de gran interés examinados por la CDIUA cabe asimismo mencionar la creación de un tribunal constitucional internacional. La CDIUA ha concluido que es un proyecto prematuro, ya que la Unión Africana cuenta con una Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza y que, antes de ir más lejos, conviene dejar tiempo para que se establezca una práctica regional al respecto. También es preciso recordar la existencia en ese ámbito de un mecanismo de colaboración entre la CDIUA y la Conferencia de tribunales constitucionales africanos.

8. El Sr. HASSOUNA da la bienvenida a los representantes de la CDIUA y espera que la relación que ha llegado a establecerse entre esta y la Comisión pueda institucionalizarse. La contribución de África a la codificación y el desarrollo del derecho internacional es bien conocida y hay que celebrar la creación en 2009 de la CDIUA, que desde entonces desempeña un papel muy activo en diferentes ámbitos. El orador observa que el mandato de la CDIUA es mucho más amplio que el de la Comisión de Derecho Internacional, ya que, además de encargarse de emitir dictámenes para los órganos de la Unión Africana, a veces también debe intervenir en cuestiones políticas, como en el caso de Libia. La Comisión de Derecho Internacional, en cambio, evita inmiscuirse en cuestiones políticas, aunque es cierto que toda cuestión jurídica tiene también aspectos políticos. El orador desearía saber cómo acceder a las publicaciones de la CDIUA, a su recopilación de la práctica y, en general, a sus trabajos que, en muchos aspectos, revisten un gran interés para la Comisión, en particular en esferas como la migración, la piratería o las inmunidades de los funcionarios del Estado. Propone establecer una cooperación entre los dos órganos a través del nuevo sitio web de la Comisión.

9. En lo que respecta al Foro de la Unión Africana sobre Derecho Internacional y de la Unión Africana, que siempre se ha celebrado en Addis Abeba, el orador observa con satisfacción que ahora se ha previsto organizar cada edición en una ciudad distinta. Toma nota de que el cuarto foro, que tendrá lugar en El Cairo, tratará de las «Dificultades de la ratificación y aplicación de los tratados en África» y destaca que es un tema particularmente importante, no solo para África, sino también para la comunidad internacional en su conjunto. En efecto, los Estados celebran miles de tratados, pero muchos de ellos nunca se ratifican ni aplican.

10. Si bien la CDIUA es muy generosa al invitar a todos los miembros de la Comisión a asistir al Foro, podría ser útil que invite también a los representantes de la AALCO, que está muy implicada en cuestiones de derecho africano. De hecho, el Secretario General de la AALCO interviene todos los años ante la Comisión en relación con temas del programa. La CDIUA podría invitar también a representantes de todas las instituciones africanas de derecho internacional, dada la importancia de promover la participación de las organizaciones no gubernamentales de África en el ámbito del derecho internacional. El orador señala a este respecto que recientemente se ha celebrado un coloquio en Estrasburgo por iniciativa de la Sociedad Francesa de Derecho Internacional al que han asistido numerosas instituciones de derecho internacional, entre ellas organismos africanos. Le parece útil que estas instituciones organicen este tipo de reuniones para debatir cuestiones de interés común. Por su parte,

la Comisión celebra poder reforzar sus relaciones con la Sociedad Africana de Derecho Internacional.

11. El Sr. FORTEAU pregunta por los avances de los trabajos que está llevando a cabo la CDIUA para publicar una recopilación de la práctica de los Estados africanos en materia de derecho internacional, proyecto que ya ha mencionado en anteriores períodos de sesiones. Desea saber cuáles son los objetivos de los estudios que está realizando sobre derecho ambiental comparado y derecho minero y petrolero comparado y, en particular, cómo se articulan dichos estudios con la codificación del derecho internacional y qué relación guardan con esta.

12. El Sr. SOLO (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice, en relación con Libia, que la CDIUA no tuvo que ocuparse de una cuestión política —aunque este tipo de cuestiones siempre tienen una dimensión política— sino de interpretar las resoluciones 1970 (2011) y 1973 (2011) del Consejo de Seguridad relativas a la situación en Libia. Se le pidió que determinara si el uso de la fuerza en Libia se ajustaba a lo dispuesto en esas resoluciones. África desea, en efecto, contribuir a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, razón por la cual se estableció la CDIUA.

13. El Sr. APPREKU (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) aclara que se pidió a la CDIUA que examinara el alcance y las consecuencias jurídicas de las resoluciones 1970 y 1973, en particular las obligaciones que incumbían a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, incluidos los Estados africanos, en virtud de esas dos resoluciones. Paralelamente, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, actuando en nombre de un grupo de organizaciones no gubernamentales, acusó al Jefe del Estado de Libia de crímenes de lesa humanidad ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que dictaminó la existencia de indicios razonables para examinar el caso en cuanto al fondo. Ahora bien, la CDIUA no puede decidir sobre un caso del que ya está conociendo una instancia judicial, por lo que solo podía ayudar al Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana a comprender algunos de los aspectos jurídicos de las resoluciones, en particular la responsabilidad de las autoridades libias de proteger al pueblo de Libia y la noción de «medidas necesarias». También debía aclarar la noción de protección de civiles en período de conflicto armado, principio fundamental de las resoluciones en cuestión, que incluía la responsabilidad de proteger. El Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana esperaba una decisión clara de la CDIUA, pero esta no pudo pronunciarse, básicamente porque la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ya estaba conociendo de la cuestión.

14. En lo que respecta a la colaboración con otras organizaciones, el orador dice que la CDIUA ya colabora con la AALCO, puesto que esta participa en sus foros. De hecho, el Secretario General Adjunto de la AALCO ha presentado un informe sobre la contribución de la AALCO al desarrollo del derecho internacional en el que describe la participación de los Estados de África y Asia en las conferencias sobre el derecho del mar y su contribución a la definición de la noción de refugiado y las nociones de zona económica exclusiva y «patrimonio común de la humanidad». Así pues, la CDIUA colabora con otras organizaciones, si bien el orador considera que debería hacer más en esa esfera.

15. Las instituciones africanas de derecho internacional, en particular el Instituto Africano de Derecho Internacional, con sede en Arusha, también colaboran con la CDIUA. El orador indica como ejemplo que Abdulqawi Yusuf ha participado en debates de la CDIUA en calidad de miembro de la Corte Internacional de Justicia y la Fundación Africana de Derecho Internacional. La CDIUA también colabora con las Naciones Unidas en la organización de los Cursos Regionales de Derecho Internacional, a la que destina parte de su presupuesto. De hecho, algunos miembros de la Comisión han impartido seminarios en el marco de esos cursos regionales, en Addis Abeba.

16. Asimismo, la CDIUA ha propuesto a las Naciones Unidas contribuir al presupuesto ordinario del Programa de Asistencia de las Naciones Unidas para la Enseñanza, el Estudio, la Difusión y una Comprensión Más Amplia del Derecho Internacional. A este respecto, el orador desearía que la Comisión, en la medida de lo posible, prevea en su programa de trabajo a largo plazo una reflexión sobre el 50º aniversario del Programa de Asistencia.

17. El orador dice que ha sido nombrado Relator Especial encargado de la elaboración de la recopilación de la práctica de los Estados africanos en materia de derecho internacional. Para elaborar esta recopilación que se le ha encomendado, la CDIUA ha enviado a los Estados miembros un cuestionario que le permitirá determinar su práctica, en particular en las resoluciones judiciales y las declaraciones de los Jefes de Estado y Ministros de Relaciones Exteriores. El orador, por su parte, contribuirá a examinar la práctica de Ghana, con la que está familiarizado, informando en particular sobre la causa de la fragata *«ARA Libertad»*, en la que el Tribunal Supremo de Ghana consideró que la orden de embargo de la fragata vulneraba el derecho internacional, que consagra la inmunidad de los buques de guerra. De hecho, esta resolución se basa en gran medida en los trabajos de la Comisión sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes[295]. A raíz de esta resolución, la CDIUA remitió un dictamen al Parlamento a favor de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. La Convención no ha sido ratificada todavía debido a demoras administrativas, pero el orador está convencido de que lo será.

18. Algunos Estados miembros debían responder al cuestionario antes del 31 de enero de 2015, pero gran parte de ellos aún no lo han hecho. El orador aclara, no obstante, que la CDIUA no se contentará con las respuestas de los Estados, sino que realizará sus propias investigaciones a partir de diferentes bases de datos. La recopilación pretende ser un documento de referencia que permitirá a los Estados de África participar más activamente, a nivel individual y colectivo, en los trabajos de

[295] Véase *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), cap. II.

la Comisión. La CDIUA espera que las respuestas de los Estados se refieran en buena parte a los temas de los que se ocupa.

19. El Sr. TLADI pide, con respecto a la revisión de los tratados de la Unión Africana, aclaraciones sobre la práctica de la CDIUA en materia de redacción de instrumentos. Asimismo, desea saber si la CDIUA tiene la intención de examinar todos los tratados, o solo los que han entrado en vigor, y en particular si prevé revisar el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, que no ha entrado en vigor pero ha recibido muchas críticas en los últimos meses por su terminología.

20. El Sr. KITTICHAISAREE felicita a la Unión Africana por haber logrado que el expresidente del Chad, Hissène Habré, sea juzgado en África. Observa con satisfacción que, cuando los Estados africanos no desean que intervenga la Corte Penal Internacional u otra instancia judicial extranjera, acuden a sus propios tribunales.

21. En lo que respecta a la cuestión de las migraciones, el orador cree que los informes del Sr. Kamto sobre la expulsión de extranjeros tienen interés para los trabajos de la CDIUA. Desea conocer la posición de la Unión Africana con respecto a la Unión Europea sobre la cuestión del uso de la fuerza armada para la destrucción de los buques utilizados por los responsables de la trata de personas. ¿Ha adoptado la Unión Africana una posición jurídica a este respecto?

22. Observando que numerosos grupos armados no estatales asolan África y que se han registrado varios ataques transfronterizos, el orador desea saber si la Unión Africana se ha pronunciado sobre la cuestión del derecho al uso de la fuerza contra esos grupos. ¿Pueden los Estados víctimas usar la fuerza invocando su derecho de legítima defensa, consagrado en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, o siguen la práctica de solicitar la autorización previa de los Estados territoriales, o bien de fundamentar su uso de la fuerza en otros instrumentos jurídicos?

23. Sir Michael WOOD observa con satisfacción que la CDIUA se ha propuesto establecer una recopilación de la práctica de los Estados africanos en materia de derecho internacional y destaca la importancia de esta iniciativa. Si bien es cierto que le resultará difícil obtener la información necesaria, la CDIUA va por buen camino si realiza sus propias investigaciones y no se contenta con las respuestas de los Estados. Esta recopilación será una aportación fundamental de África al derecho internacional consuetudinario, entre otros.

24. En cuanto al derecho internacional consuetudinario africano, el orador destaca que la identificación del derecho internacional consuetudinario es una de las cuestiones inscritas en el programa de la Comisión y que esta ya ha examinado, en el actual período de sesiones, la cuestión de la costumbre particular, que se debe distinguir del derecho internacional consuetudinario «general». Habida cuenta de que la costumbre particular incluye el derecho regional consuetudinario, sería especialmente interesante obtener información completa sobre el derecho internacional consuetudinario africano o el derecho consuetudinario aplicable en las diferentes subregiones. Sería útil que la Comisión pudiera contar con un interlocutor en la CDIUA que la informara al respecto, ya que el sitio web de la CDIUA no contiene ninguna información sobre la cuestión.

25. El orador observa con satisfacción que la AALCO ha inscrito la cuestión de la identificación del derecho internacional consuetudinario en su programa y ha creado un grupo de estudio sobre el tema que ya ha redactado un informe sumamente interesante. Sería muy útil que la CDIUA también aporte una contribución a este respecto.

26. El Sr. SOLO (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice, en relación con el acceso a las publicaciones y el sitio web de la CDIUA, que algunos documentos se publican en el sitio web y que los que no se publican figuran en el anuario de la CDIUA, que recoge el conjunto de los trabajos realizados a lo largo del año. En cuanto a la organización de cada edición del Foro de la Unión Africana sobre Derecho Internacional y de la Unión Africana en una ciudad distinta, la CDIUA quiere instaurar esta rotación siempre que disponga de fondos suficientes. Por lo que respecta al cuarto foro, la CDIUA ha invitado a representantes de la AALCO. El orador toma nota de que se ha enviado una invitación a todas las instituciones africanas de derecho internacional, así como a otras instituciones de derecho internacional.

27. El Sr. APPREKU (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice que el sitio web está siendo actualizado y que pronto se podrán consultar en él todos los documentos de la CDIUA. Ya contiene la versión electrónica del primer *Journal of International Law*, así como del Anuario de la CDIUA. El orador aclara que se está redactando el segundo número del *Journal* e invita a la Comisión a aportar su contribución.

28. En lo que respecta al estudio del derecho ambiental comparado y el del derecho minero y petrolero comparado, el orador dice que el primero no ha comenzado porque el relator nombrado cesó en su cargo, pero que se ha nombrado un nuevo relator. Del segundo, que, entre otras cosas, tiene por objeto armonizar las leyes sobre la cuestión a fin de que los inversores no aprovechen la competencia entre los Estados y mejorar las garantías de seguridad, se encarga el expresidente de la CDIUA, el Sr. Kilangi.

29. En relación con la AALCO, el orador aclara que esta organización no representa a todos los países de África. Cuando colabora con ella, la CDIUA no puede dar por sentado que las propuestas de la AALCO serán aceptadas por los Estados de África que no son miembros, aunque así ocurra a menudo.

30. En cuanto a la revisión de los tratados de la Organización de la Unidad Africana y la Unión Africana, era una idea de Sudáfrica, que no deseaba ser parte en tratados elaborados antes de su adhesión y, por tanto, propuso que se revisarán los tratados más antiguos. Se propuso revisar seis o siete tratados, entre ellos la Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África, el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza

y los Recursos Naturales y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño. La revisión de esta última a la luz de las resoluciones de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no ha empezado aún, pero debería concluir antes de que termine el año. Por lo que respecta a la Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África, inicialmente se había previsto redactar una adición, pero la CDIUA supo de las dificultades del Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos sobre la utilización de mercenarios: su mandato, que también consistía en vigilar las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, había provocado una violenta indignación entre esas entidades, que no deseaban ser equiparadas a los mercenarios. Para evitarlo, la CDIUA decidió elaborar un tratado específico distinto para este tipo de empresas.

31. En lo que concierne al procedimiento aplicado para la redacción de los tratados, por lo general la CDIUA sigue un método de trabajo establecido. Puede decidir examinar una cuestión por iniciativa propia o actuar a instancias de la Asamblea, a la que presenta sus informes para su aprobación. Una vez aprobado un informe, se envían cuestionarios a los Estados miembros en caso necesario. En lo que respecta a la redacción de textos jurídicos, la CDIUA esencialmente ha contribuido a la redacción de la ley nacional modelo de competencia universal sobre los delitos internacionales.

32. El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de extranjeros[296] no ha recibido un apoyo unánime en los debates de la Sexta Comisión y algunos Estados se han opuesto a la elaboración de una convención universal sobre la base del mismo. No obstante, la CDIUA utilizará el proyecto para el establecimiento de un instrumento regional en el marco de la Unión Africana, que a su vez podrá servir para la elaboración de una convención africana sobre las migraciones.

33. Aunque la depuración étnica no figura entre las circunstancias graves en que puede intervenir en un Estado miembro en virtud del artículo 4 *h* de su Acta Constitutiva, si se produjeran actos de este tipo, la Unión Africana estaría legitimada para intervenir en virtud del apartado *j* de ese artículo, que prevé que los Estados miembros puedan solicitar su intervención para restablecer la paz y la seguridad.

34. El Sr. SOLO (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) aclara que las circunstancias graves, previstas en el artículo 4 *h* mencionado, que legitiman a la Unión Africana para intervenir en un Estado miembro son los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Entre los principios por los que se rige el funcionamiento de la Unión Africana enunciados en este artículo figuran también la solución pacífica de los conflictos entre los Estados miembros de la Unión a través de los medios apropiados que decida la Conferencia de la Unión y la prohibición del uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza contra los Estados miembros de la Unión.

35. El Sr. PETER, observando que la promoción del estado de derecho es uno de los objetivos de la Unión Africana, desea conocer la opinión de la CDIUA sobre la práctica que está surgiendo en el continente africano consistente en modificar la Constitución para mantenerse indefinidamente en el poder y pregunta qué medidas ha previsto a este respecto. También querría saber si la CDIUA ha abordado la cuestión de la posición de África en la Corte Penal Internacional habida cuenta de que 34 de sus 54 Estados han ratificado el Estatuto de Roma, así como las consecuencias que tendría la retirada de los Estados de África de la Corte que determinados sectores de la Unión Africana han solicitado enérgicamente. Por último, desea saber cuándo concluirá la actualización del sitio web de la CDIUA.

36. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ da las gracias a los representantes de la CDIUA por su exposición de las funciones y actividades recientes de su organización. Observa que el relator encargado de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios ha pasado a dedicarse a otras cuestiones y pregunta si la CDIUA tiene la intención de proseguir sus trabajos sobre este tema cuando se nombre un nuevo relator y, en caso afirmativo, si esos trabajos, que hasta ahora se han referido únicamente a la inmunidad de jurisdicción internacional, se ocuparán también de la inmunidad de jurisdicción nacional extranjera, tema que la Comisión de Derecho Internacional está estudiando en la actualidad y del que la oradora es Relatora Especial. A este respecto, desearía recibir información sobre los trabajos pasados y futuros de la CDIUA sobre la práctica de los Estados africanos en materia de inmunidad y considera que redundaría en interés de sus labores respectivas que la CDIUA y la Comisión de Derecho Internacional establecieran una colaboración continua. Dado que la Comisión de Derecho Internacional no ha recibido ninguna respuesta de los Estados africanos a sus peticiones de información relativas a sus trabajos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la oradora ruega a los representantes de la CDIUA que alienten a los Estados miembros de la Unión Africana a que transmitan esa información a la Comisión para que sus puntos de vista y su práctica puedan ser tenidos debidamente en cuenta.

37. El Sr. SOLO (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice que, con arreglo a su mandato, la Unión Africana condena los cambios inconstitucionales de gobierno de conformidad con lo dispuesto expresamente en el artículo 4 *p* de su Acta Constitutiva.

38. El Sr. APPREKU (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice que, como Relator Especial para la revisión de los tratados de la Organización de la Unidad Africana y la Unión Africana, recomendó la elaboración de una convención mundial sobre el estado de derecho, la democracia y la buena gobernanza que codificara las disposiciones relativas a estas cuestiones que actualmente se hallan dispersas en diferentes instrumentos, entre ellos la Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza, así como las numerosas decisiones y declaraciones pertinentes adoptadas por la Unión Africana, que, por ejemplo, se ha pronunciado claramente contra los cambios inconstitucionales de gobierno, pero

[296] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y ss., párrs. 44 y 45.

también contra la prórroga del mandato presidencial mediante una reforma de la Constitución, dando así a entender a la comunidad internacional que ya no toleraría más esas prácticas, lo que es un avance. No obstante, la CDIUA debería poder iniciar la redacción de la convención mundial mencionada en el marco de su programa de trabajo de mediano plazo. Además, ha concluido la labor que se le había encargado sobre la cuestión concreta del cambio inconstitucional de gobierno, cuyo resultado ha presentado a los órganos decisorios de la Unión Africana para su examen. En principio, su informe no puede publicarse hasta que no haya concluido dicho examen.

39. En lo que respecta al sitio web de la CDIUA, su actualización sigue su curso y debería concluir a finales de 2015.

40. En respuesta a la Sra. Escobar Hernández, el orador indica que las decisiones y declaraciones adoptadas por la Unión Africana en sus cumbres anuales pueden ser una fuente de información sobre la práctica de sus Estados miembros. Así, en su última cumbre, celebrada en Johannesburgo, la Unión Africana adoptó una decisión en la que reafirmó sus posiciones anteriores sobre la Corte Penal Internacional y, al igual que había hecho siempre, Botswana no suscribió dicha decisión. Ello podría constituir un ejemplo de la práctica de este Estado.

41. La CDIUA también tiene dificultades para lograr que los Estados respondan a sus solicitudes de información. Ha optado por no esperar a que las capitales le transmitan esa información y buscarla por su cuenta recurriendo a las fuentes disponibles. Por ejemplo, el examen de la jurisprudencia permite obtener información interesante para determinar la práctica de los Estados. Las investigaciones y análisis efectuados a este respecto por la CDIUA están siendo recopilados en la actualidad para su incorporación en la recopilación de la práctica de los Estados en materia de derecho internacional que se está elaborando.

42. La CDIUA no ha nombrado todavía un nuevo relator sobre la cuestión de la inmunidad, dado que tiene pocos miembros y estos se ocupan ya de otras cuestiones. Eso no significa que vaya a abandonar el estudio de este tema, que sigue siendo objeto de intensos debates, en particular en sus foros anuales. Estaba previsto que su foro de octubre de 2015 estuviera dedicado al tema de la justicia penal internacional y uno de los temas de debate debía referirse a las formas de promover la ratificación del protocolo relativo a las enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, que reconoce a la Corte competencia penal internacional, a fin de acelerar su entrada en vigor. Lamentablemente, hubo que abandonar el tema después de que varios Estados amenazaran con no financiar la organización del foro si se mantenía en el programa.

43. Si bien los Estados africanos tal vez no han respondido a las solicitudes de información de la Comisión de Derecho Internacional sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, varios de ellos han contribuido a los debates celebrados al respecto en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sostenían que, al existir una corte penal internacional con competencia universal sobre el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, la cuestión de si los propios Estados podían ejercer la competencia universal sobre esos crímenes carecía de pertinencia. Para los Estados africanos que ratificaron el Estatuto de Roma, la creación de la Corte Penal Internacional debía garantizar que los autores de crímenes internacionales no pudieran encontrar refugio en ningún país. Ahora bien, ello requería la ratificación universal del Estatuto de Roma, algo que, lamentablemente, no se ha producido.

44. El examen de la práctica de los Estados de África, por ejemplo en el juicio de Mengistu Haïlé Mariam o en el de Hissène Habré, demuestra que se está desarrollando una práctica en materia de enjuiciamiento de antiguos Jefes de Estado, pero que solo se aplica a personas que ya no están en el poder en el momento del juicio. No obstante, según esta práctica, los «presidentes vitalicios» nunca podrían ser juzgados. El orador, que en este caso habla a título personal y no en nombre de la CDIUA, considera que ello hace necesario un desarrollo progresivo para poder juzgar a los Jefes de Estado en ejercicio de los que haya razones fundadas para creer que podrían cometer nuevos crímenes de genocidio.

45. El Sr. KAMTO dice que los esfuerzos desplegados por la CDIUA desde su creación en 2009 y los logros que ha alcanzado en su breve existencia son dignos de elogio. Como Relator Especial sobre el tema de la expulsión de extranjeros, respecto del que la Comisión de Derecho Internacional concluyó sus trabajos en su 66º período de sesiones, le ha complacido en particular que la CDIUA haya decidido utilizar el proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema para sus trabajos de codificación en curso sobre las migraciones en África. Lamenta que, como ocurre a menudo en la Sexta Comisión, en los debates sobre el proyecto hayan prevalecido las consideraciones políticas por encima de las jurídicas, pero respeta la decisión de los Estados. También celebra la iniciativa de revisar los instrumentos jurídicos regionales africanos. Tal vez la CDIUA podría considerar la posibilidad, en el marco de sus trabajos, de revisar la Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, cuya definición de terrorismo y, en términos más generales, cuyo espíritu son incompatibles con las libertades garantizadas por varios instrumentos regionales y universales de derechos humanos, entre ellos la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

46. El Sr. SOLO (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice que la cuestión de las migraciones figura en el programa de trabajo de la CDIUA para 2016 y que se ha nombrado un relator especial para el tema. El lugar que ocupará el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de extranjeros en esos trabajos dependerá de las cuestiones que el relator especial decida abordar en relación con el tema. En cualquier caso, la CDIUA todavía no está en condiciones de decir cuál es su posición o la de los Estados de la Unión Africana sobre esta cuestión.

47. El Sr. APPREKU (Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana) dice que el Relator Especial para el tema de las migraciones, el Sr. Cheikh Tidiane Thiam, se ha comprometido a iniciar sus trabajos a principios de 2016. Estos versarán en particular sobre la trata de personas y el tráfico de migrantes, así como acerca de los aspectos pertinentes de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la expulsión de extranjeros. La Conferencia de la Unión Africana ha estimado necesario iniciar trabajos de codificación o desarrollo progresivo para establecer un régimen continental de exención de visados, basado en el principio de reciprocidad, y de promoción de la libre circulación entre las diferentes comunidades económicas regionales. Por lo que respecta al terrorismo, Argelia propuso que se examinara la cuestión del pago de rescates a grupos terroristas en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los debates sobre el tema no han ido muy lejos debido a la división de opiniones en el Grupo de los Estados Africanos, ya que algunos estimaban que la penalización, preconizada por Argelia, del pago de rescates a cambio de la liberación de rehenes equivaldría a abandonarlos a su suerte, lo que no resultaba aceptable. En efecto, convendría actualizar la definición enunciada en la Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, y esta cuestión se podrá examinar en el marco de la revisión de los tratados en curso. Cabe, sobre todo, esperar que las deliberaciones internacionales salgan del punto muerto en el que se encuentran para que pueda elaborarse una convención de las Naciones Unidas sobre el terrorismo.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

Cuarto informe de la Relatora Especial (*continuación*)

48. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del cuarto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

49. El Sr. KAMTO dice que, en conjunto, suscribe el enfoque de la Relatora Especial, ya que estima como ella que los actos realizados a título oficial previstos en relación con el tema deben tener naturaleza penal. No alcanza a entender la lógica en la que se basa la posición de algunos miembros que consideran que la inmunidad se aplica porque el acto ha sido realizado a título oficial y no porque tiene naturaleza penal. Como escribe la Relatora Especial en el párrafo 96 de su cuarto informe, el ámbito del estudio definido por la Comisión es el de la inmunidad de jurisdicción penal y en los proyectos de artículo 3 y 5 que ha aprobado provisionalmente se establece expresamente que los funcionarios del Estado «se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal»[297]. No cabe decir otra cosa, en particular con respecto a la inmunidad *ratione materiae*. De hecho, lo que permite invocar la inmunidad es el carácter penal del acto y la perspectiva de enjuiciamiento penal que plantea. Si el acto no tiene carácter penal, no se puede calificar como tal con arreglo al derecho del Estado del foro y no hay ningún motivo para invocar la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario del Estado que lo haya cometido.

50. Los ejemplos citados por algunos miembros a este respecto no son convincentes: si, como dice uno de ellos, un funcionario del Estado participa en actividades criminales realizadas por su partido político, como actos de genocidio, no actúa a título oficial y, por tanto, no podrá beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. En el proyecto de artículo 2 se puede sustituir el término «crimen» por «acto» sin que el acto realizado a título oficial quede disociado de la noción de infracción; no se puede disociar el acto respecto del que se invoca la inmunidad *ratione materiae* del carácter penal del tribunal competente; ahora bien, el recurso a un tribunal penal determina *ipso facto* la naturaleza del acto o la calificación que este puede recibir.

51. En segundo lugar, el cuarto informe confirma la pertinencia de la distinción entre inmunidad personal o *ratione personae* e inmunidad funcional o *ratione materiae* aplicada desde el inicio del examen del tema por los sucesivos relatores especiales y reafirmada por la Comisión. No obstante, ¿es cierto, como se ha afirmado, que la inmunidad *ratione materiae* puede ser más fuerte que la inmunidad *ratione personae*? Habría una contradicción en la lógica de las inmunidades, ya que los miembros de la troika figuran indiscutiblemente entre los funcionarios del Estado más protegidos por la inmunidad. Esa es la razón por la que la jurisprudencia dominante y numerosos actores consideran que la inmunidad *ratione personae* es absoluta. No excluye la inmunidad *ratione materiae*; la abarca al incluir tanto los actos realizados a título oficial como los actos realizados a título privado. En el contexto de la inmunidad *ratione personae*, la inmunidad *ratione materiae* se entiende *a fortiori*. Esta es la lógica en la que se basa el proyecto de artículo 6.

52. En tercer lugar, la Relatora Especial recuerda, en el párrafo 105 de su cuarto informe, la autonomía de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado *ratione materiae* respecto de la inmunidad del Estado. Si bien reconoce que esta distinción está fundamentada, el orador señala que la Relatora Especial no indica en qué se basa en ninguna parte del párrafo en cuestión. Por el contrario, aumenta en cierto modo la perplejidad del lector al escribir que «[l]a inmunidad *ratione materiae* se reconoce en el interés del Estado, que es el titular de la soberanía, pero beneficia directamente al funcionario cuando actúa como expresión de la misma». Para el orador, la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado *ratione materiae* no se entiende en derecho internacional si no es como inmunidad del Estado, ya que no existe en beneficio del propio funcionario, sino porque es funcionario del Estado y su acto es atribuible al Estado. El Estado únicamente realiza actos por conducto de sus órganos o funcionarios y su inmunidad de jurisdicción penal solo se puede invocar en procedimientos incoados contra sus funcionarios por actos que estos realicen a título oficial. Así pues, si bien la distinción entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado *ratione materiae* es, en efecto, pertinente, la Relatora Especial debería aclararla en sus próximos informes.

[297] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 47; y *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 158.

53. En cuarto lugar, el orador dice que la alusión a la distinción fundamental entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* y la perspectiva de los futuros debates sobre las posibles excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado hacen que se vea en la necesidad de recordar que la Comisión no ha solucionado del todo la cuestión de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*, si bien ha dicho que quiere limitarla a los miembros de la troika. En efecto, no solo la jurisprudencia constante de la Corte Internacional de Justicia lleva a creer que los tres miembros de la troika especialmente designados no son los únicos, como lo demuestra la expresión «*telles que*» (entre otros) que antecede a su enumeración, sino que en la propia troika queda pendiente la cuestión de saber si un Vicepresidente de la República o un Viceprimer Ministro, por ejemplo, forman o no parte de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*, es decir, si no se benefician únicamente de la inmunidad *ratione materiae*. Tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia de los tribunales nacionales demuestran que la inmunidad *ratione personae* no se limita a los miembros de la troika. El primer Relator Especial encargado del tema, el Sr. Kolodkin, citó en el párrafo 118 de su informe preliminar sobre el tema dos sentencias dictadas en 2004 y 2005 por tribunales británicos en que se reconocía la inmunidad personal del Ministro de Defensa y el Ministro de Comercio Internacional[298].

54. En quinto lugar, el orador lamenta que la Relatora Especial no haya analizado la abundante jurisprudencia que cita en su cuarto informe, en particular la jurisprudencia nacional, limitándose a hacer referencia a la misma. Esta forma de proceder impide saber cuáles fueron los hechos enjuiciados en cada caso, sobre qué trataba exactamente la solicitud de inmunidad y por qué el tribunal competente acordó o denegó la inmunidad. Sería muy útil que, en sus próximos informes, la Relatora Especial adoptara un enfoque más analítico de la jurisprudencia internacional y nacional, ya que es fundamental conocer la forma en que se expresa el tribunal, en particular en la motivación de una resolución sobre una determinada cuestión de derecho con respecto a los hechos enjuiciados. Solo así se puede saber si una resolución es pertinente o no a los efectos de la cuestión examinada, en este caso la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado.

55. En cuanto a los proyectos de artículo presentados en el informe que se examina, el orador dice que, en relación con el proyecto de artículo 2, suscribe la propuesta de los miembros que han intervenido antes que él, y por las mismas razones por ellos expuestas, de sustituir el término «crimen» por un término que no dé la impresión de que se ha calificado el acto con antelación. En lo que respecta al proyecto de artículo 6, no es necesario conservar el párrafo 3. La aclaración que pretende introducir puede figurar en el comentario de la disposición. No obstante, si la Comisión decide mantenerlo, el orador propone el siguiente texto: «Los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* gozarán de inmunidad *ratione materiae* después de haber abandonado su cargo, en las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 de este artículo».

[298] Véase *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601, pág. 197.

56. En conclusión, el orador dice que está a favor de que se remitan los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

57. El Sr. McRAE dice que del análisis exhaustivo de las resoluciones y los tratados efectuado por la Relatora Especial en su cuarto informe se puede sacar la conclusión, quizás algo sorprendente, de que no existe ninguna definición de la expresión «acto realizado a título oficial» ni tampoco hay elementos que ayuden realmente a definirla. Esta expresión se emplea frecuentemente con diferentes formas y en general se entiende en cierta medida, pero no se ha definido. La abundante práctica citada lo confirma. Se utilizan diversas expresiones para transmitir la idea, aunque a veces son contradictorias, a menudo se solapan entre ellas y por lo general no aclaran gran cosa. Termina uno preguntándose si vale la pena tanto esfuerzo para definir la expresión, incluso si, como siempre ocurre con las investigaciones, la prueba de que no hay nada ya es un resultado valioso. La Relatora Especial es consciente de ello y los proyectos de artículo que propone no pretenden que haya una definición aceptada donde no hay ninguna. En cambio, señala dónde obtener indicaciones al respecto. Muestra, por ejemplo, que es pertinente preguntarse si el acto puede ser atribuible a un Estado en aplicación del derecho de la responsabilidad de los Estados y qué disposiciones de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[299] son útiles a este respecto. Para el orador, esta es una parte especialmente útil del análisis, incluso si en definitiva hay divergencia de opiniones sobre la utilidad de la noción de atribución.

58. El informe que se examina también es valioso en relación con otros aspectos; el análisis de los actos *ultra vires*, por ejemplo, demuestra claramente que un acto no deja de ser oficial por ser *ultra vires*. El orador piensa, como la Relatora Especial, que un mismo acto puede dar lugar a dos formas de responsabilidad: la responsabilidad penal del funcionario del Estado y la responsabilidad internacional del Estado al que representa, que son distintas pero no se excluyen mutuamente. El examen de las cuestiones relativas a la corrupción y los actos realizados con fines de enriquecimiento personal también ofrece indicaciones sobre la noción de acto realizado a título oficial.

59. Como ya han señalado varios miembros, la Relatora Especial tiende a hacer afirmaciones categóricas que parecen ir mucho más lejos de lo necesario o justificado. Así, en el párrafo 31 del informe que se examina, escribe que ha de advertirse que «la distinción entre “acto realizado a título oficial” y “acto realizado a título privado” no guarda tampoco relación alguna con la distinción entre acto lícito o ilícito». Ahora bien, a continuación señala que el acto realizado a título oficial debe tener naturaleza penal, cuestión sobre la que el orador volverá más adelante. Del mismo modo, en el párrafo 65 se puede leer que «la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* […] no es equiparable a la distinción entre “acto realizado a título oficial”

[299] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

y “acto realizado a título privado”», afirmación que se repite varias veces en el informe. También en este caso, si bien los términos no son idénticos y hacen referencia a cosas distintas, la afirmación parece demasiado absoluta, como lo demuestra la propia Relatora Especial cuando describe más adelante, en el párrafo 120, que «la construcción jurídica que se ha venido produciendo en torno a los caracteres básicos de los actos *iure imperii* puede ofrecer elementos de utilidad para ser considerados por el operador jurídico en el proceso de calificación del acto a los efectos del presente informe». Así, los actos *iure imperii*, que parecían haber quedado excluidos, reaparecen como un concepto útil. Es preciso mencionar estas cuestiones, ya que en el informe no siempre está claro cuáles son los elementos que resultan o no pertinentes para la definición de un acto realizado a título oficial y será necesario aclararlos cuando la Relatora Especial comience a redactar los comentarios.

60. Asimismo, la mención de la soberanía no reviste un interés particular. Si bien esta noción solo aparece de manera sucinta en el análisis de la Relatora Especial, en los párrafos 118 y 119, es fundamental en la definición que la Relatora Especial propone de acto realizado a título oficial. La Relatora Especial señala que, habida cuenta de que la igualdad soberana es la base de la inmunidad, «los actos que queden cubiertos por dicha inmunidad han de presentar también una conexión con la soberanía que, en última instancia, se pretende salvaguardar». Y añade como corolario que «el acto realizado a título oficial no solo [es] un acto atribuible al Estado y realizado por cuenta del Estado sino que, además, [puede] concluirse que el mismo es una manifestación de la soberanía». Esto la lleva a exigir el ejercicio de atribuciones del poder público como manifestación de la soberanía en el proyecto de artículo 2 *f*.

61. La Relatora Especial menciona la igualdad como fundamento de la inmunidad pero a continuación centra su argumento en la soberanía y no, como habría cabido esperar, en la igualdad soberana. Decir que, para que se consideren realizados a título oficial, los actos de los funcionarios del Estado deben ser una manifestación de esta soberanía no parece corresponderse con la forma en que son percibidos: muchos de ellos son actos rutinarios o cotidianos que no evocan una manifestación de soberanía. La soberanía es un concepto demasiado abstracto para ser de utilidad a los efectos de definir los actos realizados a título oficial. En cambio, la idea de que esos actos suponen el ejercicio de atribuciones del poder público permite distinguirlos de los actos realizados a título privado y es seguramente la razón por la que la Relatora Especial incluye esta expresión en su proyecto de artículo 2 *f*.

62. En este proyecto de artículo, la referencia a las atribuciones del poder público es fundamental en la definición propuesta por la Relatora Especial. Así, un funcionario realiza un acto a título oficial cuando ejerce atribuciones del poder público. Se ve lo que la Relatora Especial quiere decir, pero cabe preguntarse si es suficiente. En efecto, esta definición solo traslada la cuestión: en lugar de determinar qué constituye un acto realizado a título oficial, ahora hay que determinar qué constituye un ejercicio de atribuciones del poder público, y el orador no está seguro de que esto sea más sencillo.

63. Como han señalado otros miembros, con arreglo a la definición que ya proporcionó la Comisión en el apartado *e* del proyecto de artículo 2, un funcionario del Estado es una persona que representa al Estado o ejerce funciones estatales. ¿Hay alguna diferencia entre una atribución del poder público y una función estatal? Dicho de otro modo, ¿no figura ya implícitamente la definición de acto realizado a título oficial, en el ejercicio de una función estatal, en el apartado *e* del proyecto de artículo 2? De hecho, la representación del Estado, segundo elemento de la definición que figura en este apartado, es en sí misma una función estatal. La Comisión parece haber aceptado de forma implícita esta lógica en el proyecto de artículo 5 aprobado provisionalmente el año anterior, ya que este dispone que los funcionarios del Estado, «cuando actúan en calidad de tales», se benefician de la inmunidad *ratione materiae*. Sin duda ello equivale a decir que, cuando realizan actos a título oficial, los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae*. Así pues, o bien no hace falta una definición de la expresión «acto realizado a título oficial» porque el elemento básico de dicha definición, el ejercicio de funciones estatales, ya se expresó en el anterior período de sesiones, o bien hay que conciliar de una manera u otra el ejercicio de funciones estatales, la definición de la expresión «funcionario del Estado» aprobada en el anterior período de sesiones[300] y el ejercicio de atribuciones del poder público, noción introducida en el actual período de sesiones. De este modo, se podría definir el «acto realizado a título oficial» como el acto realizado por un funcionario del Estado en el ejercicio de funciones estatales, como ha sugerido el Sr. Murphy. Evidentemente, habrá que determinar qué constituye una función estatal. Si, además, nos atenemos a la definición propuesta en el actual período de sesiones, un funcionario del Estado, que por definición ejerce funciones estatales, actuará a título oficial cuando ejerza atribuciones del poder público, y entonces es necesario determinar qué se entiende por atribuciones del poder público. El intento de la Relatora Especial de responder a esta cuestión en el párrafo 119 de su informe no es muy convincente. Como se ha visto, recurre a nociones de soberanía que no son suficientemente claras para poder aplicarse en la práctica. En definitiva, no importa la definición que se escoja: ninguna de las dos aporta una respuesta clara en un caso concreto. A este respecto, podría ser oportuno que la Relatora Especial incluyera en el comentario el mayor número de ejemplos posible, como ha sugerido el Sr. Caflisch. De hecho, una lista exhaustiva de ejemplos es probablemente la única forma de ofrecer indicaciones sobre lo que se entiende por «acto realizado a título oficial».

64. En lo que respecta a la naturaleza penal del acto como elemento de la definición, el orador piensa, al igual que otros miembros, que hay que suprimirla. Si bien comprende perfectamente el deseo de la Relatora Especial de indicar claramente que, en el contexto de la responsabilidad penal, un acto realizado a título oficial es naturalmente un acto que reviste naturaleza penal, al menos potencialmente, considera que definir un acto realizado a título oficial como una infracción crea confusión y puede suscitar malentendidos sobre el sentido del proyecto de

[300] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 155 (apartado *e* del proyecto de artículo 2).

artículos. Tal vez la propuesta del Sr. Caflisch apoyada por el Sr. Hmoud, a saber, decir que el acto «puede» constituir una infracción, solucionaría este problema, pero el orador preferiría que la naturaleza penal del acto se aborde de manera separada, cuando sea necesario, y que no se convierta en un elemento esencial de la definición. Como ha dicho el Sr. Kolodkin, el carácter penal del acto se refiere a la jurisdicción, y no a la naturaleza del acto respecto del que se invoca la inmunidad. Se invoca la inmunidad porque el acto ha sido realizado a título oficial, no porque se trate de una infracción; esta circunstancia solo indica el contexto.

65. El orador dice que no desea hacer ninguna observación específica sobre el proyecto de artículo 6, puesto que los miembros ya han observado que en los párrafos 1 y 2 se utilizan fórmulas diferentes para designar los actos realizados a título oficial, pero este problema lo puede solucionar el Comité de Redacción. El orador también conviene en que el párrafo 3 no tiene cabida en este proyecto de artículo. Si se considera necesario, debería colocarse cerca de la disposición relativa al trato acordado a los miembros de la troika con respecto a la inmunidad *ratione personae*. Las sugerencias del Sr. Kamto a este respecto son muy útiles. No obstante, el orador aprueba la remisión de los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción.

66. El próximo informe de la Relatora Especial se ha mencionado en numerosas ocasiones por las expectativas que suscita el tema de las excepciones a la inmunidad. El orador dice que, a diferencia de algunos miembros, no formulará observaciones sobre las excepciones; no obstante, considera que el examen de las cuestiones de procedimiento antes o al mismo tiempo que las excepciones proporcionará a la Comisión una base mucho mejor para examinar estas últimas. La cuestión es si la Relatora Especial desea que la Comisión aborde la cuestión de las excepciones en el próximo período de sesiones o si prefiere que dicha cuestión sea examinada el año siguiente por la Comisión con su nueva composición, que podría ser muy diferente, como ha mencionado el Sr. Peter.

67. El Sr. SABOIA señala que el principal objetivo del informe que se examina es continuar el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae* determinando sus aspectos sustantivos y temporales. El tercer informe se refiere al elemento subjetivo, es decir, quién puede beneficiarse de la inmunidad, mientras que el informe que se examina trata de los aspectos materiales y temporales.

68. La determinación de qué constituye un «acto realizado a título oficial» tiene una importancia fundamental a este respecto ya que, como se indica en el párrafo 21 del informe, «puede darse la circunstancia de que un individuo sea funcionario del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos, que realice un acto durante el período en que se encuentra en ejercicio, y que, sin embargo, el acto realizado no pueda ser calificado como "acto realizado a título oficial", en cuyo caso no cabe plantear una eventual inmunidad de jurisdicción penal extranjera». En la sección B del capítulo I de su informe, la Relatora Especial examina la noción de «acto realizado a título oficial» por oposición a la de «acto realizado a título privado». La Relatora Especial advierte de que esta distinción no tiene nada que ver con la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, ni con la distinción entre actos lícitos e ilícitos. La Relatora concluye finalmente que distinguir los actos realizados a título oficial por simple oposición a los actos realizados a título privado es sin duda útil, pero no permite establecer criterios suficientemente claros y objetivos para definir el alcance y el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*. Es más importante determinar los criterios que permiten identificar un «acto realizado a título oficial». Para ello, la Relatora Especial realiza un examen de la jurisprudencia internacional y nacional y la práctica convencional. En el caso de la primera, menciona causas juzgadas por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

69. Citando la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, en particular los párrafos 53 y 56 del fallo de la Corte Internacional de Justicia, la Relatora Especial afirma que uno de los criterios que permiten identificar un «acto realizado a título oficial» es el ejercicio de «atribuciones del poder público». Por lo que respecta a los asuntos examinados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cita la declaración que figura en el párrafo 205 de la sentencia dictada en el asunto *Jones y otros c. el Reino Unido*, según la cual «[l]os particulares solo se benefician de la inmunidad del Estado *ratione materiae* cuando los actos impugnados fueron realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales».

70. En cuanto a la jurisprudencia nacional, la Relatora Especial realiza un análisis similar. Si bien las resoluciones de los tribunales nacionales en materia de inmunidad no permiten determinar una práctica uniforme, la Relatora Especial ha podido, no obstante, citar útiles ejemplos sacados de sus trabajos en ese ámbito para ilustrar su informe. A este respecto, cabe mencionar la lista que figura en el párrafo 50 de los delitos respecto de los cuales más a menudo se ha invocado la inmunidad, que incluye importantes crímenes internacionales. Pese a la aparente diversidad de las posiciones de los tribunales internos, la Relatora Especial observa que algunos de ellos son cada vez más reticentes a conceder la inmunidad *ratione materiae* en los casos de tortura y otros crímenes internacionales. Por otra parte, observa una clara tendencia a denegar la inmunidad en caso de corrupción, malversación de fondos públicos y otros delitos financieros.

71. Para definir los criterios aplicables, la Relatora Especial realiza un análisis exhaustivo de la práctica convencional. Primero examina la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y señala que «la naturaleza de los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones» por el agente diplomático es un elemento de la definición de «acto realizado a título oficial». Si bien la Convención no define expresamente las funciones de los miembros de una misión diplomática, sí define con detalle las de la misión. Sobre la base de la lista de esas funciones, la Relatora Especial concluye, en el párrafo 63 de su informe, que aunque la lista incluye algunos actos específicos de muy distinta naturaleza en la categoría de acto realizado a título oficial «no cabe ninguna duda de que los mismos deberán ser actos necesarios para el

desempeño de las funciones antes mencionadas, que revisten una inequívoca naturaleza pública y oficial, y que, en el caso de los agentes diplomáticos, están estrechamente vinculadas al concepto de soberanía y al ejercicio de prerrogativas del poder público».

72. El párrafo 95 del informe que se examina define así las características del «acto realizado a título oficial»: *a*) es un acto de naturaleza penal; *b*) es un acto realizado por cuenta del Estado; *c*) es un acto que implica ejercicio de soberanía y prerrogativas del poder público. Durante el debate, varios miembros destacaron o criticaron la afirmación de que el acto debe tener naturaleza penal. El orador cree que esta afirmación se justifica por el simple hecho de que el tema que se examina es el de la inmunidad de jurisdicción penal. Por tanto, el acto debe ser constitutivo de delito en la legislación del Estado del foro.

73. El análisis también pone de relieve las diferencias existentes entre los criterios de atribución enunciados en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los criterios relativos a la responsabilidad de las personas por delitos tipificados en el derecho internacional. Cabe recordar en particular que, en relación con la atribución de actos a un Estado para establecer su responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión quería impedir que los Estados recurrieran a formas de actuación indirectas para ocultar su responsabilidad, por lo que adoptó un amplio enfoque con respecto a la definición de los elementos que establecen la responsabilidad. En el párrafo 112 del informe que se examina, se indica que, en el marco del presente tema, «ha de tenerse en cuenta la naturaleza penal de los actos a los que deben aplicarse los criterios de atribución, así como la naturaleza de la inmunidad, que constituye en sí misma una excepción a la regla general del ejercicio de su jurisdicción por el Estado del foro», de manera que se «asegure que la institución de la inmunidad no llegará a convertirse en un mecanismo para eludir la responsabilidad».

74. El estudio de esos trabajos y de los fallos de la Corte Internacional de Justicia permite constatar que un mismo acto puede dar lugar a dos formas de responsabilidad: la responsabilidad penal de la persona y la responsabilidad civil o internacional del Estado que representa. Estas dos formas de responsabilidad, reconocidas por la Corte, en particular 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)*, se explican claramente en los párrafos 109 y 110 del cuarto informe.

75. Al final de la sección B del capítulo I de su cuarto informe, la Relatora Especial examina cuestiones relativas al ejercicio de atribuciones del poder público y su relación con la cuestión de si los crímenes internacionales pueden o no considerarse «actos realizados a título oficial». Señala que considerar que esos crímenes no constituyen actos realizados a título oficial equivale a negar la realidad, ya que la mayoría de las veces esos crímenes graves son cometidos por el aparato del Estado y con el apoyo de sus funcionarios. Además, la participación de funcionarios del Estado en la comisión de algunos de esos crímenes, como la tortura, es un elemento constitutivo del crimen. Por otra parte, al destacar así el papel de los funcionarios del Estado, se corre el riesgo de dar la impresión de que el acto no es atribuible al Estado y de exonerarlo de su responsabilidad internacional.

76. En el último párrafo de la sección B del capítulo I, antes de proponer el proyecto de artículo 2 *f*, la Relatora Especial señala que la calificación de un crimen internacional como «acto realizado a título oficial» no significa necesariamente que el funcionario del Estado haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad por la comisión de dicho crimen. Dada la especial gravedad de los crímenes en cuestión en derecho internacional, hay que tenerla en cuenta para definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. No obstante, esta cuestión debe estudiarse en el marco del examen de las excepciones a la inmunidad, sobre las que debe versar el próximo informe de la Relatora Especial.

77. En cuanto al futuro programa de trabajo, el orador considera que la propuesta de la Relatora Especial es realista. En conclusión, recomienda que los dos proyectos de artículo propuestos se remitan al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3277ª SESIÓN

Jueves 23 de julio de 2015, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Gómez Robledo, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del cuarto informe de la Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/686).

2. La Sra. JACOBSSON dice que el análisis exhaustivo de la práctica de los tribunales nacionales llevado a cabo por la Relatora Especial es valioso, pues pone de manifiesto las contradicciones existentes en esa práctica. Celebra el análisis en profundidad de los artículos

sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y del principio de «un acto, dos responsabilidades», pero coincide con el Sr. Nolte en que la Comisión no debería ahondar en el contenido de soberanía. Se felicita de la intención de centrar la futura labor en las limitaciones y excepciones a la inmunidad: ahora que la Comisión ha culminado las primeras etapas de su labor, debe tratar las cuestiones más delicadas. Existe una relación importante entre las excepciones a la inmunidad y las normas de procedimiento que también debe abordarse.

3. En cuanto a la definición de «acto realizado a título oficial», la Relatora Especial parece partir del supuesto de que solo se aplica a los actos en relación con los cuales un tribunal extranjero puede ejercer la jurisdicción penal. Describe claramente las principales características de los actos delictivos y la relación directa entre esos actos y la persona que los ha cometido. No obstante, la expresión «por su contenido, constituye un crimen», que figura en el proyecto de artículo 2 *f*, puede resultar ambigua.

4. El proyecto de artículo 6, párrafo 3, que destaca el hecho de que la inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, parece superfluo, ya que en el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 4[301] se indica lo mismo.

5. Por último, la oradora se muestra a favor de que los dos proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción.

6. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ afirma que, en su cuarto informe, la Relatora Especial ha dado un paso de suma importancia en el tratamiento del tema, esto es, desarrolla el análisis de los elementos material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*. En cuanto al concepto de «acto realizado a título oficial», en cuyo análisis se centra la mayor parte del informe, la Relatora Especial constata en el párrafo 32 que no existe una definición al respecto en el derecho internacional contemporáneo. Por ello, hace un análisis muy minucioso de los posibles elementos para identificar esa categoría de actos que pudieran existir en la práctica judicial nacional. En todo caso, habría sido útil identificar eventuales elementos comunes en esa práctica y en la legislación nacional.

7. Sobre la base del análisis efectuado, la Relatora Especial propone una definición de «acto realizado a título oficial», cuya primera parte parece adecuada al orador, a diferencia de la segunda, que le plantea problemas, al igual que a otros miembros. La reacción negativa está relacionada con la referencia al carácter penal del acto de que se trate y se debe a un pequeño error de traducción del español. La redacción se puede mejorar en línea con lo sugerido por el Sr. Caflisch.

8. Una consecuencia del carácter penal del acto es lo que la Relatora Especial describe como «un acto, dos responsabilidades». Los efectos de las excepciones a la inmunidad, que se tratarán en el próximo informe, serán de suma importancia en cuanto al contenido y alcance del acto. La Comisión deberá decidir si concibe que los actos de los funcionarios del Estado que constituyan delitos pueden ser realizados a título oficial. Los actos *ultra vires*, los actos *iure gestionis* y los crímenes internacionales también pueden ser considerados excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado, aunque los últimos requieren una aproximación más matizada. Como ha recordado la Relatora Especial, en su opinión separada conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal señalaron que los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados actos oficiales, ya que no se corresponden ni con las funciones estatales normales ni con las funciones que un Estado por sí solo puede ejercer. La comisión de actos de tortura, por ejemplo, no es una función normal del Estado: se trata de un crimen internacional que comete un funcionario del Estado. No obstante, ello no quiere decir que el acto no sea atribuible al Estado a los efectos de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El orador está de acuerdo con la Relatora Especial en que afirmar que un crimen internacional no puede ser considerado como acto realizado a título oficial podría producir el efecto perverso y no deseado de permitir una interpretación en el sentido de entender que los crímenes internacionales no son actos atribuibles al Estado, sino solamente a su autor.

9. Con relación al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, el orador concuerda con la Relatora Especial en que no es controvertido y en que la inmunidad *ratione materiae* es aplicable en cualquier momento tras la comisión del acto, tanto si el funcionario en cuestión se encuentra todavía en ejercicio de su mandato como si ya ha dejado de estarlo. Con respecto al proyecto de artículo 6, en el que se describe el alcance temporal de la inmunidad *ratione materiae*, el orador considera que el párrafo 3, relativo a la aplicación de dicha inmunidad a los antiguos integrantes de la denominada troika, es una disposición importante que no solo se debe recoger en el comentario. No obstante, tal vez su ubicación podría ser más pertinente en el proyecto de artículo 5, relativo a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*.

10. El orador apoya plenamente el plan de trabajo futuro, que abarca las limitaciones y excepciones a la inmunidad y los aspectos de procedimiento, pero sugiere incluir ciertas salvaguardias para evitar procesos penales políticamente motivados.

11. Por último, recordando el argumento del Sr. Hmoud de que la justificación de la inmunidad *ratione materiae* es similar a la justificación de la inmunidad de los funcionarios consulares, que, según se ha reconocido, se aplica en beneficio del Estado y con miras a un ejercicio efectivo de las funciones, el orador señala que en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, se hacía referencia, no obstante, al principio de la igualdad soberana de los Estados.

12. El Sr. HMOUD dice que su intención era poner de manifiesto que cualquier prueba relativa al momento en que la inmunidad *ratione materiae* debe entrar en juego habría de basarse en la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo de las funciones del Estado.

[301] Véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 55.

13. El Sr. EL-MURTADI SULEIMAN GOUIDER dice que el informe se ocupa de analizar los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, tanto temporales como sustantivos, y propone conclusiones y proyectos de artículo apropiados. Se centra en las características del acto realizado a título oficial como cuestión fundamental al abordar la inmunidad *ratione materiae* y como expresión firmemente arraigada para designar determinados actos. La Relatora Especial no se ha desviado ni de la labor realizada anteriormente por la Comisión sobre el proyecto de artículo 4, párrafo 2, ni del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* ni de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

14. Se pueden adoptar muchos enfoques en relación con un tema tan complejo como este, pero la Relatora Especial ha tratado de no rebasar el ámbito de competencia, esto es, centrarse en la inmunidad de los funcionarios del Estado y la inmunidad de jurisdicción extranjera. Entra en juego la importancia de tener en cuenta los delitos más graves y, por tanto, la complementariedad y coherencia con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En un contexto tan específico, no es necesario ahondar en las diferencias entre la inmunidad del Estado y la inmunidad *ratione personae* o entre la jurisdicción penal y la jurisdicción civil, ni elaborar listas exhaustivas de los actos realizados a título oficial, con todas las dificultades y divergencias en la legislación nacional e internacional que ello pondría de manifiesto.

15. El futuro programa de trabajo propuesto hace hincapié en la importancia de abordar las limitaciones y excepciones a la inmunidad, un tema muy complejo e interesante. El orador espera con interés el examen del tema y se muestra a favor de remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

16. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO felicita a la Relatora Especial por su cuarto informe, que hace avanzar en la dirección correcta el objetivo que persigue la Comisión al examinar el tema. La Relatora Especial ha decidido analizar la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* en forma separada, un enfoque que hace que resulte importante determinar cuáles son los criterios para calificar un acto realizado a título oficial. Aun cuando el orador entiende los motivos que le llevan a privilegiar ese enfoque, esa cuestión también podría abordarse desde un punto de vista metodológico que tomara como base las reglas de atribución de actos imputables al Estado. Ese enfoque conlleva determinar el umbral de gravedad del presunto delito y, a partir de ahí, estudiar si da lugar a reconocer la inmunidad de jurisdicción y sus posibles excepciones. Ello también serviría para zanjar la cuestión planteada sobre las diferencias existentes entre los actos del Estado y sus agentes y los actos de personas privadas que actúan a título oficial.

17. Además de la práctica de diversos tribunales a que se hace referencia en el párrafo 35 del informe, la Relatora Especial tal vez podría examinar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en relación con las normas de atribución, lo que serviría para contar con un enfoque regional más amplio del proyecto. En ese mismo tenor, el orador sugeriría examinar el caso de arbitraje relativo a *Francisco Mallén (Estados Unidos Mexicanos) c. Estados Unidos de América*, en el que se aborda precisamente la diferencia entre el acto realizado a título privado y el acto realizado a título oficial.

18. Cuando la Relatora Especial plantea abordar, en su quinto informe, la cuestión de las limitaciones y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, el enfoque principal no debería ser dilucidar sobre la naturaleza —ya sea penal, civil o administrativa— de los delitos que puedan ser cometidos cuando un funcionario actúa a título oficial, sino saber si la gravedad del delito, en virtud del derecho del Estado del foro o del derecho internacional, puede dar lugar a excepciones a la regla general de la inmunidad de jurisdicción.

19. El orador coincide plenamente con el planteamiento propuesto por la Relatora Especial en el párrafo 124 del informe sobre la inmunidad con respecto a los crímenes internacionales. Sobra decir que, por sentido común, el Estado nunca tendrá entre sus funciones la comisión de crímenes, menos aún de crímenes graves de conformidad con el derecho internacional. Por ello, si se parte de la hipótesis de que existen límites a la inmunidad de jurisdicción, especialmente frente a la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional cuya prohibición constituye normas de *ius cogens*, la inmunidad no es otra cosa que un recurso procesal para la protección de las funciones del Estado que envía a su funcionario a desempeñar actos a título oficial. En otras palabras, como han repetido varios oradores, inmunidad no significa impunidad.

Aplicación provisional de los tratados (*continuación*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687)

[Tema 6 del programa]

Tercer informe del Relator Especial (*continuación*[*])

20. El Sr. KITTICHAISAREE agradece al Relator Especial su tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/687), que ofrece información valiosa sobre el tema y una base útil para el debate.

21. En relación con el párrafo 10 del informe, el orador dice que, aunque está de acuerdo con el Relator Especial en que el resultado final del trabajo de la Comisión sobre este tema no debería estar condicionado por lo que disponga el derecho interno de los Estados, es importante tener presente que la aplicación provisional de un tratado dependerá en parte de las disposiciones de la legislación nacional y de las circunstancias concretas de cada Estado. Por consiguiente, el orador habría agradecido que en el capítulo I del tercer informe se hiciera un análisis más detallado de las opiniones expresadas por los Estados.

22. Con respecto a la agrupación de la práctica de los Estados establecida en el párrafo 25, el orador desea saber si todos los Estados de la categoría *f*, a saber, aquellos

[*] Reanudación de los trabajos de la 3270ª sesión.

en los que la aplicación provisional está permitida pero sujeta a ciertas condiciones, podrían pertenecer también a la categoría *a*, es decir, Estados en los que existen disposiciones específicas de derecho interno o constitucional respecto de la aplicación provisional, como los Países Bajos. De no ser así, desearía saber cómo se rige la aplicación provisional en esos Estados. También sería conveniente que el Relator Especial esclareciera la pertinencia de las distintas categorías, en particular en lo que respecta a su relación con los proyectos de directriz propuestos en el capítulo IV.

23. El orador desearía que se aclarase la conclusión del Relator Especial que figura en el párrafo 5, según la cual un Estado puede comprometerse a respetar las disposiciones de un tratado por medio de una declaración unilateral, incluso sin haber obtenido el consentimiento de los Estados llamados a ser partes en el tratado y sin que haya una disposición específica al respecto en dicho tratado. El ejemplo citado en el párrafo 120, a saber, la declaración unilateral presentada por la República Árabe Siria de aplicación provisional de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción, no explica plenamente la noción de utilización de declaraciones unilaterales para la aplicación provisional de los tratados prevista en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

24. En lo que respecta a las afirmaciones que hace el Relator Especial en los párrafos 35 y 36 del informe en el sentido de que la aplicación provisional no equivale al consentimiento en quedar obligado por un tratado y que, de manera previa a la expresión del consentimiento, el instrumento es solo un texto que da fe de lo que los Estados negociaron, igualmente podría argumentarse que, a través de la aplicación provisional de un tratado, el instrumento se convirtió en más que un texto negociado y que el Estado ya estaba dando su consentimiento en obligarse por el tratado, con sujeción a los procedimientos internos pertinentes. En otras palabras, la aplicación provisional podría interpretarse como una modalidad excepcional utilizada para expresar el consentimiento en quedar obligado por un tratado.

25. El orador coincide con los miembros que opinan que la afirmación que se hace en el párrafo 122 de que el artículo 25 de las reglas de la Convención de Viena de 1986 reflejan normas de derecho consuetudinario no se ha fundamentado suficientemente. Es preciso realizar un análisis más detallado. Como ha señalado el Sr. McRae, la aplicación provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1947, no es un ejemplo del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969.

26. En cuanto al proyecto de directrices, el orador dice que está de acuerdo con el Sr. Forteau en que, en aras de la coherencia y la claridad, convendría examinar atentamente la formulación empleada en los proyectos de conclusión 6 y 7 del tema de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[302], y considerar la posibilidad de formular conclusiones en lugar de directrices en relación con el presente tema. Los motivos subyacentes y las elecciones hechas en el proyecto de directrices no siempre están claras. Un futuro comentario podría resolver algunos de esos problemas, como también podría hacerlo una introducción más detallada en futuros informes de cualquier proyecto de directrices o conclusiones.

27. Con respecto al proyecto de directriz 1, el orador se pregunta si, a la luz del amplio debate mantenido sobre el asunto, el Relator Especial se propone incluir una referencia a las declaraciones unilaterales de los Estados, que no parecen estar comprendidas en el tema por el momento. En tal caso, ¿dónde prevé incorporar esa referencia? También desearía saber por qué motivo el proyecto de directriz 1 concede tanta importancia al derecho interno de los Estados, habida cuenta de la afirmación hecha por el Relator Especial en el párrafo 10 del informe de que el resultado final del trabajo no debe estar condicionado por lo que disponga el derecho interno.

28. Aunque el orador acoge con beneplácito la inclusión del proyecto de directriz 2 y su referencia a la aplicación provisional de partes de un tratado, su redacción le parece confusa cuando se lee junto con el proyecto de directriz 1. El alcance de las palabras «podrá derivarse de los términos del tratado», empleadas en el proyecto de directriz 2, parece más amplio que el de la expresión «cuando así lo disponga el tratado», que se utiliza en el proyecto de directriz 1 y reproduce literalmente la formulación del artículo 25, párrafo 1 *a*, de la Convención de Viena de 1969. Para evitar confusión, el Relator Especial debería ceñirse al texto del artículo 25, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena de 1969, a saber: «si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo».

29. Como ya han señalado otros oradores, el proyecto de directriz 4 no indica qué tipo de efectos jurídicos tiene la aplicación provisional de un tratado. Una cuestión tan importante como esa no debe dejarse para el comentario; la propia directriz debe estar respaldada por la práctica de los Estados y/o las organizaciones internacionales, así como por la jurisprudencia.

30. Como han señalado otros oradores, el tercer informe no es claro con respecto a los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional. El Relator Especial debería aclarar si existen diferencias entre las obligaciones jurídicas derivadas de la aplicación provisional de un tratado y el consentimiento expreso en quedar obligado por el tratado, y, de ser así, explicar cuáles son. También convendría que abordara la cuestión de si el proceso de terminación de ambos regímenes es idéntico. En algunas circunstancias, las obligaciones jurídicas derivadas de la aplicación provisional de un tratado pueden continuar incluso después de la entrada en vigor del tratado en cuestión. Por lo tanto, la afirmación que se hace en el proyecto de directriz 5 de que esas obligaciones persisten hasta tanto el tratado entre en vigor debería explicarse con más detalle en el comentario.

31. Con respecto al proyecto de directriz 6, dado que no todos los incumplimientos de una obligación internacional generan necesariamente la responsabilidad internacional de un Estado o una organización internacional, la redacción del texto debería modificarse. El orador

[302] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 122.

señala que, puesto que el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad del Estado son regímenes separados que difieren en cuanto a su alcance, el proyecto de directriz debería tratarlos en consecuencia.

32. En cuanto a la labor futura sobre el tema, el orador alienta al Relator Especial a que analice la práctica de las organizaciones regionales pertinentes. Además, convendría aclarar el modo en que las reservas en aplicación de los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 tratan la aplicación provisional. La realización de un estudio sobre los efectos jurídicos de la terminación de la aplicación provisional de los tratados que otorga derechos a las personas también sería una aportación valiosa. No obstante, el orador desaconseja la elaboración de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados, habida cuenta de las dificultades que pueden plantear las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos nacionales.

33. Propone que se modifique el proyecto de directrices antes de ser remitido al Comité de Redacción, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria.

34. El Sr. NOLTE dice que, si la Comisión considera que la aplicación provisional de un tratado es jurídicamente vinculante, debe expresar su postura de manera muy clara. Al fin y al cabo, la expresión «aplicación provisional» puede interpretarse en el sentido de que el tratado solo debe aplicarse *de facto* y provisionalmente antes de que produzca efectos jurídicos. Por consiguiente, el orador propone que el proyecto de directriz 4 se reformule para que diga lo siguiente: «El acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado hace que este sea jurídicamente vinculante». Tal formulación serviría para alentar a los Estados a no eludir los procedimientos internos al acordar la aplicación provisional.

35. Los Estados han de ser muy cautos respecto de la aplicación de un tratado si existe el riesgo de que la asunción de una obligación jurídica sea contraria a sus propios procedimientos internos o a otras normas. Esos procedimientos, y el derecho interno de manera más general, conforman el contexto mismo de los acuerdos sobre la aplicación provisional, pero ello no significa que desplieguen efectos en las obligaciones internacionales derivadas de esos acuerdos. No obstante, es importante que al interpretar los acuerdos internacionales se tenga en cuenta el contexto en que surgieron.

36. Así sucede en particular cuando los acuerdos sobre la aplicación provisional de un tratado contienen una referencia explícita al derecho interno, como ocurre con el artículo 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía, que establece que el instrumento se aplicará de manera provisional siempre y cuando no esté en contradicción con las leyes o reglamentos nacionales. En otras palabras, la obligación creada por la aplicación provisional no va más allá de lo que permite el derecho interno de las partes en el Tratado. Ello es perfectamente compatible con el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

37. El orador no entiende por qué el Tribunal del caso *Yukos c. la Federación de Rusia* y el Relator Especial, en el párrafo 66 de su tercer informe, consideran que un tratado no debe admitir que el derecho interno determine el contenido de una obligación jurídica internacional, a menos que el lenguaje del tratado sea claro y no admita una interpretación en contrario. Aparte de que el lenguaje del artículo 45, párrafo 1, del Tratado sobre la Carta de la Energía no puede estar más claro, el orador no tiene conocimiento de ninguna norma que disponga que, para hacer una determinada interpretación, esta tenga que ser inequívoca. Por consiguiente, sugiere suprimir la última cláusula del proyecto de directriz 1 y añadir una segunda oración que diga: «El acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado puede limitar el alcance de la aplicación provisional, en particular haciendo referencia al derecho interno total o parcialmente». Coincide con los oradores anteriores en que el Relator Especial no debería analizar el derecho interno de los Estados en relación con la aplicación provisional de los tratados.

38. Los proyectos de directriz 2 y 3 deberían reformularse para reflejar que «los términos del tratado» solo son uno de los diversos medios de interpretación. Las directrices deberían mencionar diferentes formas de acuerdo o diferentes medios de interpretación; no deberían mezclar ambas cosas. En términos más generales, el orador preferiría que el resultado de la labor adoptara la forma de conclusiones, más que de directrices, ya que la tarea que les ocupa se limita a extraer conclusiones, a los efectos de la interpretación, de material y fuentes diversos.

39. El Sr. CAFLISCH dice que conviene preguntarse si la Comisión puede y debe ir más allá de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Aunque el artículo parece abarcar los casos en que los Estados negociadores acuerdan explícitamente la aplicación provisional de un tratado en un determinado Estado, no está claro cómo se debe interpretar una situación en la que dicho acuerdo no es explícito. ¿Cabe suponer que existe un acuerdo tácito, que queda englobado en el ámbito de aplicación del artículo 25, o constituye el acuerdo un compromiso unilateral que, en caso de incumplirse, no daría lugar a una vulneración del artículo 25 por el Estado de que se trate? Dado que la Comisión tenía el propósito de aclarar el alcance del artículo 25 y facilitar su aplicación, sería preferible atenerse a dicho objetivo.

40. Habría sido útil que el capítulo II del informe del Relator Especial hubiera abordado la relación de la aplicación provisional con el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y los textos sobre la terminación o la nulidad de los tratados. El artículo 46 de la Convención resulta de especial interés en los casos en que un Estado acuerda la aplicación provisional sin tener en cuenta su derecho interno, incluida su Constitución. A ese respecto, convendría tener una idea general de la interacción entre los acuerdos para la aplicación provisional y el derecho interno de los Estados, en especial las constituciones, y examinar la aplicación del artículo 46 a los problemas relacionados con la validez de esos acuerdos.

41. A excepción del proyecto de directriz 4, que debería suprimirse o reformularse de conformidad con la propuesta del Sr. Šturma, el orador está de acuerdo con que se remitan las directrices al Comité de Redacción. Por último, agradecería recibir más información sobre el contenido propuesto para el cuarto informe del Relator Especial.

42. El Sr. PETRIČ dice que el cometido de la Comisión es explicar en qué consiste la aplicación provisional, establecer un marco para ella en el derecho internacional y aclarar sus efectos jurídicos y su relación con las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La tarea es tanto más importante en la medida en que los acuerdos para la aplicación provisional se utilizan cada vez más para que los tratados produzcan efectos lo antes posible.

43. Al mismo tiempo, hay que lograr un equilibrio entre la necesidad práctica de la aplicación provisional y el control democrático sobre la celebración de tratados, motivo del lapso entre la firma y la ratificación en los Estados que se rigen por el estado de derecho. La aplicación provisional es una excepción a la regla según la cual los tratados que se han negociado y firmado no entran en vigor hasta que todos los procedimientos exigidos por la Constitución del Estado se cumplen.

44. Si bien los Estados pueden aceptar la aplicación provisional, regularla e incluso prohibirla, el orador coincide con el Relator Especial en que, una vez que un tratado se aplica provisionalmente, el derecho interno no puede hacerse valer como justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación provisional. Siempre que el derecho interno de un Estado no los prohíba, los acuerdos para la aplicación provisional pasan claramente a considerarse derecho internacional y deben cumplirse de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*. Aunque el derecho interno del Estado prohíba tales acuerdos, el Estado que acuerde la aplicación provisional no podrá después oponerse a su validez invocando el derecho interno, independientemente de si las personas que celebraron el acuerdo en nombre del Estado lo hicieron *ultra vires*. Por tanto, no es urgente analizar la legislación nacional en relación con la aplicación provisional, y tampoco es preciso mencionar el derecho interno en el proyecto de directriz 1, ya que puede confundir más que servir para aclarar. El Relator Especial debería concentrarse en la investigación de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales.

45. El orador apoya la intención del Relator Especial de analizar la relación existente entre la aplicación provisional y los artículos 11, 18, 24, 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969, así como el futuro plan de trabajo, establecido en el párrafo 137 de su tercer informe. Algunas de las cuestiones seleccionadas para ser analizadas, como el problema de las reservas y las declaraciones interpretativas en el contexto de la aplicación provisional, o la aplicación provisional en el contexto de la sucesión de Estados en materia de tratados, en particular tratados multilaterales y cerrados, pueden resultar muy complejas.

46. Con respecto a la terminación de la aplicación provisional mediante la notificación de la intención de no ser parte en un tratado, el orador señala que los signatarios de un tratado que lo aplican provisionalmente están obligados por el principio de buena fe a no socavar la futura entrada en vigor del tratado. En caso de que uno de ellos notificara su intención de no ser parte en ese tratado, ¿se podría decir que se sigue actuando de conformidad con ese principio? Una declaración general en el sentido de que la aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos no es suficiente. La Comisión debe ir más lejos y aclarar qué tipo de efectos jurídicos podrían producirse en diferentes situaciones.

47. Las importantes diferencias entre los tratados bilaterales y multilaterales entre los Estados y los tratados celebrados por organizaciones internacionales entre ellas o con Estados pueden plantear dificultades para recoger ambas situaciones en un solo conjunto de directrices, como pone de manifiesto la dudosa inclusión en el proyecto de directriz 2 de una referencia a las resoluciones de las conferencias internacionales. La Comisión debe concentrarse en la aplicación provisional prevista en la Convención de Viena de 1969 antes de examinarla en el contexto de los tratados celebrados con o por organizaciones internacionales. Una vez que se aclare el alcance de las diferencias entre ambas situaciones, se podrá decidir cuál es la mejor manera de formular las directrices correspondientes. También surge la pregunta de si un acuerdo celebrado entre los Estados signatarios de un tratado para establecer un órgano o adoptar otras medidas para aplicar provisionalmente ese tratado, como la creación de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, puede considerarse un ejemplo de aplicación provisional de un tratado. En ese caso concreto, la aplicación provisional del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares parece ir mucho más allá de su función meramente preparatoria.

48. Con respecto al proyecto de directrices, el orador expresa su apoyo a la mayoría de las propuestas formuladas por el Sr. Murphy. El proyecto de directriz 4, tal como está redactado, carece de contenido significativo y resulta de poca utilidad. Aunque no se opondrá a la remisión de los seis proyectos de directriz al Comité de Redacción, el orador preferiría que las observaciones formuladas por la Comisión en el período de sesiones en curso se reflejaran en un conjunto revisado de proyectos de directriz que se examinara en el próximo período de sesiones. Por último, el orador felicita al Relator Especial por la excelente labor llevada a cabo hasta la fecha.

49. Sir Michael WOOD dice que el tema de la aplicación provisional de los tratados es un campo en que la Comisión puede desempeñar un papel útil en relación con la explicación y aclaración de la legislación, lo que dota al tema de gran importancia práctica. El orador no considera que el cometido de la Comisión sea recordar a los Estados el deber de cumplir sus constituciones. También desea subrayar, en respuesta a las observaciones del Sr. Petrič, que la ratificación de un tratado no tiene que estar necesariamente sujeta al control parlamentario.

50. Los proyectos de directriz que figuran en el tercer informe del Relator Especial están respaldados por la investigación, el material y los análisis, y el orador está de acuerdo con ellos en términos generales; no obstante, algunos podrían expresarse con más claridad, como el proyecto de directriz 4. La Comisión debe partir de que, a reserva de las disposiciones concretas del tratado, los derechos y las obligaciones del Estado que ha acordado aplicar provisionalmente ese tratado o partes de él serán, mientras el tratado se aplique provisionalmente, los mismos que si el tratado hubiera entrado en vigor. El orador expresó su desacuerdo con algunas opiniones del Sr. Nolte en ese sentido, incluso acerca de si se trata simplemente de una cuestión de interpretación.

51. Al acordar la aplicación provisional, el Estado asume obligaciones que son vinculantes en virtud del derecho internacional; no obstante, no es necesariamente cierto que deba seguir estudiándose la posible relación entre la aplicación provisional y otras normas de derecho de los tratados. Otras normas de ese tipo podrían ser pertinentes, pero la Comisión debería centrarse en determinar las diferencias entre los tratados cuando se aplican provisionalmente y cuando entran en vigor para un determinado Estado.

52. El proyecto de directriz 1 debería ajustarse al artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y la oración que comienza por «en la medida en que» tal vez podría suprimirse. El tema debería abordar únicamente la aplicación provisional como cuestión de derecho internacional, no los efectos que puede tener la aplicación provisional en el derecho interno. Ni el derecho interno ni las reglas de las organizaciones internacionales deberían mencionarse en el proyecto de directriz 1. El proyecto de directriz 2 es innecesariamente complicado y debería omitirse o simplificarse. Poco importa la forma que revista el acuerdo para la aplicación provisional o de dónde derive. El proyecto de directriz 3 también podría simplificarse, y el texto mejoraría si se reemplaza la expresión «en atención a» por «de conformidad con». El orador espera que, en el contexto del proyecto de directriz 4, el Comité de Redacción incluya la idea que acaba de exponer sobre los derechos y las obligaciones de los Estados. Con respecto al proyecto de directriz 5, el orador recuerda la opinión que expresó anteriormente de que no existe fundamento para afirmar que la aplicación provisional no puede revocarse arbitrariamente. La esencia de la aplicación provisional es que puede terminarse con relativa facilidad en muchos casos. El orador está de acuerdo con el contenido sustantivo del proyecto de directriz 6; no obstante, del proyecto de directriz 4 se desprendería naturalmente, si se redactara con claridad, que la vulneración de un tratado aplicado provisionalmente da lugar a que el Estado que incumple el tratado incurra en responsabilidad.

53. En su labor futura, la Comisión debería considerar la posibilidad de elaborar cláusulas modelo que prevean la aplicación provisional de los tratados, lo que tendría importancia práctica para los Estados y las organizaciones internacionales, y contribuiría a que la Comisión lograra el objetivo de proporcionar orientación. También podría evitar los problemas prácticos y las deficiencias señalados por el Relator Especial en su estudio sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. Por último, el orador expresa su buena disposición a que la Comisión remita los seis proyectos de directriz al Comité de Redacción.

La cláusula de la nación más favorecida (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. H, A/CN.4/L.852)

[Tema 5 del programa]

INFORME FINAL DEL GRUPO DE ESTUDIO (*conclusión*[*])

54. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del tema «La cláusula de la nación más favorecida» y señala a la atención el informe final del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.852).

55. El Sr. McRAE (Presidente del Grupo de Estudio) dice que el informe final que tiene ante sí la Comisión incorpora las observaciones orales y escritas formuladas por sus miembros y aparecerá en forma de anexo del informe anual de la Comisión. El Grupo de Estudio espera que la Comisión apruebe como propio el resumen de las conclusiones que figura en la quinta parte del informe final. En las conclusiones se indica que las cláusulas NMF mantienen intacto su carácter desde el momento en que se concluyó el proyecto de artículos de 1978[303]. Las disposiciones fundamentales de ese proyecto de artículos siguen constituyendo la base para la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF, aunque no resuelven todas las cuestiones interpretativas que pueden surgir. Las conclusiones subrayan la importancia y la pertinencia de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión.

56. La cuestión interpretativa fundamental con respecto a las cláusulas NMF guarda relación con la aplicación del principio *eiusdem generis*: el alcance y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse de acuerdo con una disposición NMF dependen de la interpretación de la propia disposición NMF. Con la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones relativas a la solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, se introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y las consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión. En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de controversias. La redacción explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias; de otro modo, corresponderá a los tribunales que se encargan de la solución de controversias interpretar las cláusulas NMF caso por caso. Las técnicas de interpretación analizadas en el informe final del Grupo de Estudio están concebidas para asistir en ese proceso. El Grupo de Estudio recomienda a la Comisión que señale el informe final a la atención de la Asamblea General y aliente a que se le dé una difusión lo más amplia posible. Por último, el orador agradece a todos los miembros del Grupo de Estudio sus contribuciones.

57. El PRESIDENTE dice que entiende que la Comisión desea acoger con beneplácito el informe final sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Estudio; aprobar como propio el resumen de las conclusiones que figura en la quinta parte de dicho informe; señalar el informe final a la atención de la Asamblea General; y alentar a que se le dé una difusión lo más amplia posible.

Así queda acordado.

58. El PRESIDENTE dice que también entiende que la Comisión acuerda aprobar la resolución que figura a continuación, en reconocimiento a la labor del Grupo de Estudio y su Presidente:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo acogido con beneplácito el informe del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida,

[*] Reanudación de los trabajos de la 3264ª sesión.

[303] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 17 y ss., párr. 74.

Expresa al Grupo de Estudio y a su Presidente, el Sr. Donald M. McRae, su profundo agradecimiento y calurosa felicitación por la notable contribución realizada en la preparación del informe sobre la cláusula de la nación más favorecida y por los resultados alcanzados por el Grupo de Estudio,

Recuerda con agradecimiento la contribución del Sr. A. Rohan Perera, que fue Copresidente del Grupo de Estudio entre 2009 y 2011, así como la del Sr. Mathias Forteau, que desempeñó las funciones de Presidente en ausencia del Sr. McRae durante los períodos de sesiones de 2013 y 2014.

La resolución queda aprobada por aclamación.

59. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha concluido el examen del tema «La cláusula de la nación más favorecida».

Se levanta la sesión a las 17.35 horas.

3278ª SESIÓN

Viernes 24 de julio de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

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

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL (*conclusión*)

1. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial), resumiendo el debate, agradece a los miembros de la Comisión el interés que han manifestado por su cuarto informe (A/CN.4/686), así como el análisis riguroso y minucioso de su contenido. Un amplio número de miembros han apoyado el método empleado en el cuarto informe, que es paralelo al empleado en el tercer informe. Sin embargo, varios miembros han formulado observaciones críticas sobre algunos aspectos metodológicos del cuarto informe que, en ocasiones, van más allá de lo meramente metodológico. Las observaciones formuladas se refieren fundamentalmente al análisis de la jurisprudencia en el informe, la referencia a la legislación nacional y el recurso a los comentarios y declaraciones de los Estados.

2. Un amplio número de miembros de la Comisión han considerado valioso el tratamiento dado a la jurisprudencia internacional y nacional; sin embargo, algún miembro ha expresado sus dudas sobre si el citado análisis jurisprudencial es relevante o útil a los fines del presente informe. El carácter no homogéneo y no coherente de la jurisprudencia de los tribunales nacionales se ha citado como uno de los motivos de esas dudas; a eso se ha añadido que, precisamente por este carácter no uniforme, la citada jurisprudencia no puede ser tomada en consideración para proceder a la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario referida a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En opinión de un miembro, no podemos atribuir la misma importancia a la jurisprudencia de los tribunales nacionales que a las decisiones de los tribunales internacionales, cuya jurisprudencia si es, a juicio de ese miembro, coherente y uniforme en sus fallos. Algún miembro ha expresado la opinión de que la forma en que se trata la jurisprudencia en el informe no es útil, ya que se citan las decisiones judiciales sin un tratamiento específico de cada caso; en su opinión, sería útil proporcionar más información sobre el contexto de los casos en cuestión y las sentencias dictadas.

3. Partiendo de la base de que la mayoría de los miembros de la Comisión han expresado su parecer sobre la utilidad del análisis de la jurisprudencia en sus trabajos, la Relatora Especial desea reiterar que, a su juicio, la práctica de los tribunales internos reviste una especial importancia, ya que no parece posible identificar el elemento material de la inmunidad *ratione materiae* sin averiguar previamente lo que los tribunales nacionales han considerado como actos que quedan cubiertos, o no, por dicha inmunidad. Por otro lado, la falta de homogeneidad de la jurisprudencia nacional no constituye un elemento relevante para concluir que su análisis no es útil a los efectos de su trabajo. Por el contrario, conocer cuál es la situación actual en relación con la jurisprudencia nacional es esencial para identificar los problemas a los que se debe dar respuesta; de lo contrario, el trabajo de la Comisión corre el riesgo de basarse únicamente en concepciones teóricas o en prejuicios. Por otro lado, la identificación de la falta de uniformidad de la jurisprudencia nacional es, en sí misma, un elemento que la Comisión debe tomar en consideración y valorar en sus trabajos.

4. La oradora no puede compartir la afirmación hecha por algún miembro de que la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es plenamente homogénea y coherente. Aunque es cierto que cabe apreciar una mayor coherencia a nivel internacional que a nivel nacional, no cree que se pueda afirmar que la misma es plenamente homogénea, en especial si se valoran también los matices y aproximaciones muy específicas al tema que se recogen en alguna de las decisiones internacionales. En todo caso, aunque aprecia sinceramente el comentario realizado por un miembro sobre el distinto valor que se debe atribuir a la jurisprudencia internacional y a la jurisprudencia nacional, no comparte su percepción de que sea preciso establecer una cierta jerarquía entre ambas categorías de jurisprudencia. Si bien la oradora entiende perfectamente la importancia que debe concederse a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órganos judiciales

internacionales o regionales, no cree que ello reduzca la importancia de la práctica judicial nacional, ya que los tribunales nacionales son los órganos que generalmente abordan de manera cotidiana la cuestión de la inmunidad.

5. Un miembro formuló una observación muy correcta respecto de la necesidad de tomar en consideración los trabajos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Otro se refirió a la conveniencia de incluir referencias jurisprudenciales en relación con el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, lo que se tendrá en cuenta en el momento de redactar los comentarios.

6. Por último, si bien la oradora está de acuerdo con quienes han señalado que analizar individualizadamente cada uno de los asuntos citados quizás habría representado un valor añadido para los trabajos de la Comisión, desea llamar su atención sobre el hecho de que una tarea de tal carácter probablemente habría hecho que el informe fuera demasiado largo, inasequible e ininteligible. Aunque la jurisprudencia no se aborde caso por caso, las referencias a la jurisprudencia, siempre realizadas de forma sistemática y vinculándolas con las cuestiones analizadas en cada párrafo del informe, seguían siendo útiles. Además, en las notas a pie de página del informe se ofrece información complementaria referida al tipo de actos que han sido considerados por los órganos judiciales como actos cubiertos, o no, por la inmunidad *ratione materiae* y que, por ello, podrían ser considerados como «actos realizados a título oficial». Para concluir, la oradora recuerda que la práctica de la Comisión no es en absoluto ajena a la utilización de las decisiones judiciales en la forma en que la misma se realiza en sus informes tercero y cuarto.

7. Algunos miembros han objetado el tratamiento dado a la legislación nacional en el informe. A juicio de ellos, la legislación nacional debería ser tenida especialmente en consideración para identificar qué se entiende por «acto realizado a título oficial», ya que es cada Estado el que tiene la capacidad de determinar qué actos realizados por sus funcionarios responden al título de «oficial». Otros miembros han añadido que la consideración de la legislación nacional habría de ser relevante, sobre todo teniendo en cuenta el gran papel que se atribuye en el informe a la jurisprudencia de los tribunales nacionales que, como regla, adoptan sus decisiones en aplicación del derecho nacional. En ese sentido, la oradora comparte las observaciones de algunos miembros que destacan la inadecuación del término «irrelevante» para referirse a la legislación nacional en el párrafo 32 del informe. Sin embargo, recuerda que dicho término, que es posiblemente excesivo, debe ser entendido a la luz de lo dicho posteriormente en el mismo párrafo, que explica que la legislación nacional no puede ser tomada en consideración como criterio determinante para definir el alcance y significado de qué entendemos por «acto realizado a título oficial», debiendo quedar reducida a un instrumento interpretativo de naturaleza complementaria.

8. Desde esa perspectiva, la Relatora Especial sigue considerando que la legislación nacional no puede considerarse como el elemento central para definir un «acto realizado a título oficial» o sus características, ya que pueden existir notables diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales. Además, al analizar la legislación nacional, habría que decidir si se toma en consideración cualquier norma referida a la actividad del Estado o solo, como considera más razonable, aquellas especialmente relacionadas con la inmunidad del Estado o de sus funcionarios. En cualquier caso, cabe señalar que ninguno de los Estados cuya legislación nacional examinó la oradora al preparar el cuarto informe tiene leyes nacionales referidas a la inmunidad del Estado extranjero o de sus funcionarios que contengan definiciones de qué se entiende por «acto realizado a título oficial». Por consiguiente, la aproximación metodológica adoptada en el cuarto informe respecto de la legislación nacional tiene, a su juicio, fundamento suficiente. Por otro lado, esa valoración instrumental de la legislación nacional no puede considerarse como condicionante de la opción metodológica de atribuir un destacado lugar al análisis de la jurisprudencia nacional ni guarda relación alguna con esa decisión.

9. La Relatora Especial concede gran importancia a los comentarios escritos remitidos por los Estados en respuesta a las preguntas contenidas en el capítulo III del Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones[304] y a las declaraciones de los Estados en la Sexta Comisión. Muchos de esos comentarios y declaraciones han sido debidamente tenidos en cuenta en su cuarto informe, a excepción de los comentarios de dos Estados que fueron remitidos con posterioridad a la terminación del mismo, que fueron distribuidos entre los miembros de la Comisión. Dichos comentarios, a los que se han referido de manera profusa varios miembros, se tendrán en cuenta en la futura labor de la Comisión.

10. La oradora toma nota de la acertada sugerencia planteada respecto de la conveniencia de incluir referencias precisas a los comentarios escritos en el informe. La razón por la que no se ha incluido una referencia expresa a dichos comentarios es que un cierto número de comunicaciones simplemente confirma la inexistencia de legislación o práctica sobre las cuestiones planteadas, mientras que otro grupo de comentarios meramente remiten a la Comisión jurisprudencia nacional que ha sido debidamente tenida en cuenta en el informe. Un tercer grupo de comentarios responden esencialmente al tema de los límites y las excepciones a la inmunidad, por lo que serán objeto de tratamiento en el quinto informe. En todo caso, la oradora incluirá referencias a los comentarios escritos de los Estados en las notas a pie de página de su próximo informe.

11. Por último, la Relatora Especial comparte igualmente la afirmación sobre la necesidad de tomar en consideración los comentarios y declaraciones de los Estados no solo para recibir información sobre la práctica judicial sino también para valorar como perciben el derecho internacional en la esfera de la inmunidad. Esa fue, precisamente, su intención al formular la propuesta de pregunta en 2012, a pesar de que en aquel momento no se viera reflejada en la decisión que adoptó la Comisión por entender que solo era conveniente solicitar información sobre la práctica nacional.

---

[304] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párr. 28.

12. En cuanto a los comentarios formulados por los miembros de la Comisión en relación con el concepto de «acto realizado a título oficial», la oradora señala que varios miembros se han manifestado a favor de incluir una definición de ese concepto en el proyecto de artículos, mientras que otros han expresado sus dudas sobre la utilidad de dicha definición. Cabe recordar que ya se suscitó polémica en períodos de sesiones anteriores en torno a la conveniencia de incluir en el proyecto de artículos el concepto de jurisdicción e inmunidad, con argumentos similares a los que ahora han sido avanzados por algunos miembros en relación con la expresión «acto realizado a título oficial»: son términos comúnmente utilizados en los instrumentos internacionales y en la práctica internacional, existiendo un entendimiento general sobre su significado, por lo que no es preciso proceder a definirlos. Sin embargo, la definición de «acto realizado a título oficial» no es una cuestión menor y su indefinición proyecta problemas de una cierta importancia sobre los trabajos de la Comisión. El análisis de la práctica judicial, en especial la interna, pone de manifiesto cómo en un buen número de casos los tribunales no solo se pronuncian sobre el vínculo existente entre el Estado y el funcionario sino que analizan igualmente el tipo de acto realizado por el mismo a los efectos de concluir si puede quedar o no cubierto por la inmunidad. No obstante, no le parece posible concluir que exista un entendimiento claro y generalmente aceptado de qué se entiende por «acto realizado a título oficial». El debate que se ha mantenido recientemente lo pone igualmente de manifiesto, con las distintas posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión sobre si un crimen internacional puede ser considerado o no como un acto realizado a título oficial.

13. Cabe destacar el hecho de que el mismo debate sobre la necesidad de definir el concepto de funcionario fue suscitado en el período de sesiones anterior por algunos miembros de la Comisión que ahora cuestionan la utilidad de definir el concepto de «funcionario del Estado», en aquella ocasión con el argumento de que el elemento esencial para entender la inmunidad *ratione materiae* era el elemento material, es decir, precisamente el acto realizado a título oficial. A pesar de ello, la Comisión decidió tratar las dos categorías por separado. No obstante, teniendo en cuenta lo que acaba de decir, la Relatora Especial se pregunta si la Comisión no está entrando en un modelo de argumentación contradictoria que le impide avanzar en sus trabajos. Si el concepto de «acto realizado a título oficial» es esencial para definir la inmunidad *ratione materiae*, parece razonable que la Comisión ofrezca una definición del mismo. En este sentido deben entenderse las intervenciones de un importante número de Estados en la Sexta Comisión —tanto los que han aceptado la necesidad de definiciones separadas de «funcionario del Estado» y «acto realizado a título oficial» como los que defienden la importancia de centrarse en el concepto de «acto realizado a título oficial»— que han llamado la atención sobre el interés de que la Comisión analice ese último concepto y se establezca una definición clara. Esa definición incrementaría la seguridad jurídica, lo que a su vez situaría en sus justos términos los conceptos jurídicos indeterminados a los que se ha referido un miembro de la Comisión. Es cierto que, en ocasiones, dichas categorías jurídicas no son objeto de definición normativa, pero también es cierto que solo resultan operativas cuando son objeto de una definición cierta por vía jurisprudencial o mediante la práctica. Lamentablemente, la oradora no cree que se pueda concluir que el supuesto concepto jurídico indeterminado de «acto realizado a título oficial» responda a esa categoría de conceptos definidos de forma cierta y segura en vía judicial o mediante la práctica. Por otro lado, es cierto igualmente que los conceptos jurídicos indeterminados se definen en ocasiones por oposición a otro concepto jurídico expresamente definido. Sin embargo, este no puede ser el caso del «acto realizado a título oficial» por oposición al «acto realizado a título privado», ya que tampoco en este caso es posible identificar una definición del mismo en la jurisprudencia.

14. Las ventajas de definir el «acto realizado a título oficial» son notables, en especial si se tiene en cuenta que dicho acto es relevante a los efectos de delimitar la relación entre dos componentes que están estrechamente vinculados con el principio de igualdad soberana de los Estados, a saber: el derecho a ejercer la jurisdicción por parte del Estado del foro y la inmunidad que se reconoce en beneficio del Estado extranjero. En este marco, la opción de no definir y acudir a un concepto jurídico indeterminado no seguro, dejando en manos del juez elegir libremente en cada caso qué entiende por «acto realizado a título oficial», se compadece mal, a juicio de la oradora, con una correcta técnica jurídica y con las propias funciones de la Comisión, que ha de contribuir a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, favoreciendo una interpretación armonizada del derecho.

15. Dicho esto, la opción a favor de incluir una definición de «acto realizado a título oficial» no debe confundirse, sin embargo, con la elaboración de un concepto cerrado que incluya una lista estricta de actos y que encorsete absolutamente al juez. Por el contrario, la definición debe responder a la identificación de un conjunto de parámetros que, aplicados caso por caso, sirvan al juez nacional para concluir si debe aplicarse o no la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de un determinado acto realizado por un determinado funcionario del Estado. Identificar cuáles son dichos criterios es, por tanto, esencial, y esa es la finalidad que perseguía la Relatora Especial al proponer el proyecto de artículo 2 *f*, aunque tal vez podría haberse formulado de manera diferente.

16. Con respecto a observaciones formuladas por algunos miembros de la Comisión en el sentido de que el proyecto de artículo 2 *f* no refleja los elementos sustantivos a que se hace referencia en el párrafo 95 del informe, la oradora desea señalar que responde a una finalidad específica: incorporar en la definición el vínculo sustantivo existente entre el acto y el Estado del funcionario.

17. Un grupo importante de miembros de la Comisión se han manifestado a favor de incluir en el proyecto de artículo 2 *f* una referencia a la existencia de un especial vínculo entre el Estado y el acto realizado por el funcionario para que el mismo pueda ser calificado de acto realizado a título oficial. Ese vínculo debe estar estrechamente ligado a las funciones propias del Estado y el ejercicio de la soberanía. Como regla general, ese grupo acepta el empleo del término «ejercicio de atribuciones

del poder público», aunque la Relatora Especial coincide en la conveniencia de precisar dicho concepto. En consecuencia, entiende que ese grupo ha apoyado su posición sobre la necesidad de garantizar que el acto que quede cubierto por la inmunidad *ratione materiae* sea atribuible en términos sustantivos al Estado y no solo en términos subjetivos. En otras palabras, no basta con que un acto sea realizado por un funcionario público para que el mismo pueda ser atribuido automáticamente al Estado a los efectos de la inmunidad.

18. Otros miembros han señalado que la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» no aporta ningún elemento de interés para definir a qué tipo de actos se refiere. Para esos miembros, ya se descartó dicha expresión en el 66º período de sesiones y bastaría con repetir la referencia a la representación del Estado y el ejercicio de funciones estatales que ya se contiene en el proyecto de artículo 2 *e*, provisionalmente aprobado por la Comisión[305].

19. La Relatora Especial no puede compartir la opinión de que el carácter oficial del vínculo existente entre el acto y el Estado se refleja ya en el propio proyecto de artículo 2 *e*, incluso si se combina con el proyecto de artículo 5, que se refiere a que los funcionarios «actúan en calidad de tales»[306]. Por el contrario, esos dos proyectos de artículo únicamente se refieren al elemento subjetivo de la inmunidad y la expresión «que representa al Estado o que ejerce funciones estatales» se incluyó precisamente como una solución de compromiso para eliminar toda referencia al acto en la definición de funcionario, de forma que se preservara claramente la diferencia entre estos dos elementos normativos. El párrafo 15 del comentario del proyecto de artículo 2 *e*, que había sido aprobado provisionalmente por la Comisión en su 66º período de sesiones, especifica que los términos «representar» y «ejercer funciones estatales» no pueden interpretarse como definiendo en forma alguna el alcance sustantivo de la inmunidad[307].

20. Por consiguiente, la oradora no considera factibles las propuestas formuladas por algunos miembros de la Comisión consistentes en sustituir «ejercicio de atribuciones del poder público» por «representar o ejercer funciones estatales», ya que ello generaría una grave confusión. Por la misma razón, tampoco considera útil incluir una mera referencia a que el funcionario del Estado «actúe en calidad de tal», ya que en el párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 5 se señala que dicha expresión no implica pronunciamiento alguno sobre los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae* y que no se ha empleado la expresión «cuando actúan a título oficial» para evitar una posible confusión con el concepto de acto realizado a título oficial[308].

21. La oradora opina, como han señalado otros miembros de la Comisión, que la calificación de un acto como realizado a título oficial precisa de un especial vínculo con el Estado. Para responder a la pregunta formulada por Sir Michael Wood, debe señalar que, a su juicio, el empleo de la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» permite establecer un vínculo estricto que, en términos prácticos, limita el número de actos a los que se puede aplicar la inmunidad, vinculándolos con los bienes a proteger por dicha institución, en especial el principio de igualdad soberana del Estado y la estabilidad de las relaciones internacionales. En consecuencia, la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» no es equivalente a «funciones estatales».

22. En relación con ese vínculo especial, algunos miembros han expresado interesantes observaciones sobre las dificultades que genera la referencia a la soberanía como elemento para definir el vínculo entre el acto y el Estado. Varios miembros han destacado que no es fácil definir qué son «actos inherentes a la soberanía» o «actos soberanos por naturaleza» y que no es función de la Comisión definir qué es la soberanía y cuáles son sus componentes esenciales. En efecto, el concepto de «soberanía» no tiene una definición precisa; es un concepto jurídico indeterminado, pero de perfiles ciertos, cuyo contenido ha sido establecido de forma inequívoca en la práctica, si bien es un concepto dinámico en constante proceso de reformulación. Aunque es también correcto afirmar que definir qué entendemos por «actos inherentes a la soberanía» o «actos soberanos por naturaleza» no es tarea fácil, resulta posible identificar ejemplos de los mismos a través del análisis de la práctica, incluida la práctica judicial nacional mencionada en los párrafos 54 y 58 del cuarto informe y las notas a pie de página contenidas en los mismos, en los que los tribunales franceses y alemanes exponen su interpretación acerca de los elementos fundamentales de la soberanía y las atribuciones del poder público.

23. Por otro lado, aunque la expresión «ejercicio de atribuciones del poder público» ha sido empleada por la Comisión con anterioridad en el proceso de atribución de un acto al Estado, la oradora está abierta a otras formulaciones, salvando, lógicamente, las incoherencias del empleo de términos ya utilizados por la Comisión con un sentido distinto en el marco del proyecto de artículos. Dicha tarea podría ser abordada por el Comité de Redacción. En cualquier caso, los trabajos de la Comisión tendrán un valor añadido, incrementándose su utilidad para los Estados, si se incluyen en el comentario al proyecto de artículo 2 *f* ejemplos de actos que los tribunales han considerado como incluidos o excluidos de tal categoría y se incluyen en el comentario los criterios contenidos en el párrafo 119 del informe.

24. La referencia a la naturaleza penal del acto que se califica como acto realizado a título oficial ha dado lugar a un lamentable malentendido entre algunos miembros de la Comisión, que han considerado que el proyecto de artículo 2 *f* se traduce en calificar de crimen todo acto realizado a título oficial por un funcionario del Estado. Nada más lejos de la intención de la Relatora Especial; además, dicha interpretación no se puede deducir de la versión original en español del cuarto informe. El objeto del proyecto de artículo 2 *f* es definir el concepto de «acto realizado a título oficial» en el marco de una inmunidad que se opera frente al ejercicio de una jurisdicción penal, y no de manera abstracta. En ese marco, es obvio que el acto en cuestión presentará una inequívoca conexión penal.

[305] Ibíd., pág. 155.

[306] Ibíd., pág. 158.

[307] Ibíd.

[308] Ibíd., págs. 154 y 155.

25. En la inmensa mayoría de asuntos analizados en el cuarto informe, la inmunidad se ha alegado respecto de las personas que son acusadas o investigadas por la presunta comisión de un crimen. Por ello, la Relatora Especial considera imposible prescindir de dicho elemento en la categorización del acto realizado a título oficial por un funcionario del Estado que pretende beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Además, ese componente penal tiene un reflejo en la definición del ámbito de aplicación del proyecto de artículos contenido en el proyecto de artículo 1[309]. Sin embargo, dicha proyección no es suficiente para describir adecuadamente a qué tipo de actos se puede aplicar la inmunidad *ratione materiae*, que serán inequívocamente actos que, conforme a la legislación del Estado del foro, pueden ser calificados como comportamientos penales. Aunque es cierto que la inmunidad se debe aplicar con carácter previo al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales, no es menos cierto que dicha inmunidad no se puede alegar si no hay un intento de ejercicio de la jurisdicción penal y, para ello, es preciso que exista una denuncia, una acusación o una investigación referida a la comisión de delitos. Sin dicho elemento penal, la jurisdicción no se podría desencadenar y la inmunidad no tendría razón de ser.

26. La oradora entiende la preocupación manifestada por varios miembros en el sentido de que la redacción actual del proyecto de artículo 2 *f* puede dar lugar a malentendidos en la medida en que la expresión «constituye un crimen» puede ser interpretada como atentatoria contra el irrenunciable principio de la presunción de inocencia. Dado que obviamente esa no era su intención, la propuesta de emplear la expresión «puede constituir» constituye una buena fórmula para evitar ese efecto no deseado. También considera útil la propuesta de sustituir el término «crimen» por la palabra «acto» para evitar una identificación absoluta entre todo acto realizado a título oficial con un crimen. Esas revisiones del texto podrán ser objeto de análisis en el seno del Comité de Redacción a fin de buscar una solución equilibrada que elimine los problemas que se acaban de mencionar, al tiempo que se mantiene la referencia a la naturaleza penal del acto, que, a su juicio, es esencial.

27. Se ha hecho referencia a lo largo del debate a la relación entre responsabilidad internacional e inmunidad. La mayoría de los miembros de la Comisión se han expresado a favor del modelo «un acto, dos responsabilidades» y las consecuencias que ello tiene en el plano de la atribución del acto al Estado y respecto de la distinción entre inmunidad de jurisdicción del Estado e inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. No obstante, algunos miembros, incluso aceptando ese modelo, han señalado que no es posible establecer una diferenciación entre inmunidad del Estado e inmunidad de los funcionarios del Estado, ya que esta última es una manifestación de la primera.

28. Algún miembro ha señalado que, a su juicio, no es posible establecer ninguna relación entre las normas relativas a la inmunidad y las reglas relativas a la responsabilidad, ya que ambas instituciones responden a lógicas distintas. Dicha afirmación ha sido contradicha por otros miembros, que han señalado que consideran necesario tener en cuenta las reglas de la responsabilidad en relación con la inmunidad. La Relatora Especial reitera la opinión de que, si bien responsabilidad e inmunidad responden efectivamente a lógicas distintas, ambas instituciones presentan elementos de conexión que impiden separarlas totalmente y analizarlas como compartimentos estancos. Así, baste con recordar la problemática especial que presentan los crímenes internacionales, que exige un tratamiento en paralelo de las reglas de la responsabilidad y las de la inmunidad a fin de actuar en conformidad con el sistema jurídico internacional vigente.

29. La mayoría de los miembros de la Comisión han reconocido que no todos los criterios de atribución del acto al Estado establecidos a los fines de la responsabilidad son aplicables en relación con la inmunidad y, por consiguiente, han apoyado las posiciones mantenidas en el cuarto informe de la Relatora Especial. Asimismo, han llamado la atención sobre la necesidad de llevar a cabo una mayor elaboración respecto de los actos *ultra vires* y los actos realizados por funcionarios *de facto*. En su informe, la Relatora Especial emplea el término «*ultra vires*» en el sentido que habitualmente se atribuye a esta expresión en el marco de la responsabilidad del Estado. Por tanto, no cabe concluir una equivalencia entre acto privado y acto *ultra vires*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta el carácter poco preciso y poco homogéneo de la jurisprudencia.

30. Un miembro ha señalado que ninguno de los criterios de atribución del acto al Estado contenidos en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos son aplicables a los efectos de la inmunidad, si bien llega a esa conclusión por razones distintas a las que llevan a la Relatora Especial a excluir la aplicación de determinadas reglas de atribución a los efectos de calificar un acto como realizado a título oficial. Para ese miembro, el acto no se califica como «acto realizado a título oficial» porque se le pueda atribuir al Estado, sino que, por el contrario, se le atribuye al Estado precisamente porque se califica previamente como acto realizado a título oficial. Lo relevante es que el funcionario actúa a título oficial y, por tanto, cualquiera de sus actos es un acto del Estado y se beneficia por ello de la inmunidad. Dicha interpretación no es compatible con la metodología ya adoptada por la Comisión para definir la estructura de la inmunidad, conforme a la cual la inmunidad se compone de tres elementos normativos que deben concurrir simultáneamente, a saber: el subjetivo, el material y el temporal. Esa metodología no solo fue adoptada por la Comisión, sino que también se ha reflejado en los proyectos de artículo provisionalmente aprobados.

31. De manera general, el proyecto de artículo 6 ha sido acogido positivamente por parte de los miembros de la Comisión, si bien algunos han formulado interesantes comentarios sobre la redacción específica de los párrafos 1 y 2 que deben tenerse en cuenta a los efectos de los trabajos en el seno del Comité de Redacción. Así, deberán valorarse el empleo en la versión en inglés de las expresiones «*in office*» y «*term of office*» y la sugerencia de alterar el orden de los párrafos 1 y 2 para poner el acento sobre el elemento material de la inmunidad

[309] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 43 y 44.

ratione materiae. Ese cambio de orden, si finalmente se produce, deberá ser adecuadamente explicado en los comentarios para evitar cualquier interpretación equívoca motivada por su comparación automática con el proyecto de artículo 4[310]. Los miembros que han señalado a la atención el uso de las expresiones «*exclusively*» y «*acting in such capacity*» deben recordar que la oradora los corrigió en la presentación oral de su informe.

32. La Relatora Especial no está de acuerdo con los miembros de la Comisión que han afirmado que el párrafo 3 es un precepto superfluo que se puede suprimir, ya que la cuestión de fondo no ha quedado plenamente zanjada por lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4. Este se aprobó como cláusula de salvaguardia y a reserva del régimen jurídico propio de la inmunidad *ratione materiae* que la Comisión estableciese en su día. En ese sentido, la oradora recuerda que la propia Comisión afirmó en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 5 que esa cuestión será abordada más adecuadamente en un futuro proyecto de artículo dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*. Además, el párrafo en cuestión no introduce confusión respecto de la distinción entre el régimen aplicable a la inmunidad *ratione materiae* y a la inmunidad *ratione personae*, que ya quedó suficientemente esclarecida en el proyecto de artículo 4. El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no es sino una consecuencia y especificación de dicha distinción.

33. Los miembros de la Comisión han planteado algunas interesantes cuestiones, tales como qué autoridad define si el acto se realiza a título oficial o qué sucede en el caso de procesos que afectan a varias personas en los que solo una se beneficia de la inmunidad. Esas preguntas deberán ser abordadas en el informe dedicado a los aspectos procesales de la inmunidad. La expresión «control directo», que figura en la nota a pie de página en la segunda frase del párrafo 112 del informe, fue empleada por la Corte Internacional de Justicia 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)*. En el párrafo 137 del informe, al referirse a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, la oradora únicamente pretendía llamar la atención sobre un problema real de la práctica que afecta directamente al modelo de relación entre el derecho internacional y el derecho interno que puede tener alguna incidencia sobre el tema que se está abordando. No cree que la sentencia del Tribunal Constitucional italiano reste autoridad a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en términos formales ni tampoco que tenga la voluntad de hacerlo, ya que el propio Tribunal Constitucional italiano declara expresamente que no ha querido entrar a valorar cuestiones relacionadas con el derecho internacional, tales como la inmunidad y el *ius cogens*. Sin embargo, ello no le impide concluir que la sentencia no se puede ejecutar en Italia. Ello genera un problema innegable de derecho internacional que se concreta en el plano de la responsabilidad y suscita otras cuestiones referidas a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno y a la relación entre tribunales pertenecientes a dichos órdenes jurídicos. La Comisión tendrá que reflexionar sobre esos temas, ya que no pueden quedar totalmente aislados del que les ocupa en estos momentos; en realidad, ese tema no es nuevo. La Relatora Especial se pregunta si no estarán frente a un nuevo conflicto de jurisdicciones entre un tribunal internacional y un tribunal constitucional como el que se produjo en su día entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con el estándar de protección de los derechos humanos y la definición de la competencia de cada uno de esos tribunales al respecto. Aunque evidentemente toda valoración de futuro está más cerca en este momento de la ciencia ficción que de cualquier reflexión técnico-jurídica, la oradora confía en que se pueda encontrar alguna solución integradora, como la que alcanzó en su día a través de la doctrina *Solange I* y *Solange II*.

34. La Relatora Especial ha tomado muy buena nota de las posiciones expresadas por los miembros de la Comisión durante el interesante debate sobre el futuro plan de acción. En realidad, ese debate es una nueva manifestación de un debate que ya ha tenido lugar con anterioridad y en el que los miembros han apoyado mayoritariamente sus propuestas de abordar los temas de forma autónoma, conforme a una planificación precisa fijada desde el inicio del quinquenio. Por su parte, sigue convencida de que ese es el mejor modo de abordar la cuestión y no encuentra razones sustantivas para modificar el plan de trabajo.

35. No obstante, la Relatora Especial es consciente de que el tratamiento autónomo de los temas no puede ser elevado a un nivel absoluto, como se pone claramente de manifiesto en el propio contenido de sus informes tercero[311] y cuarto, que están interrelacionados entre sí. Otra muestra de ello es el tratamiento que se da al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* en la sección C del capítulo I de su cuarto informe, que contiene elementos que van más allá del simple análisis de los elementos material y temporal de esa inmunidad. De la misma manera, su quinto informe abordará los aspectos procesales de la inmunidad que considera necesarios para entender mejor los límites y las excepciones a la inmunidad.

36. Dicho eso, la Relatora Especial no puede compartir la opinión de que las cuestiones procesales de la inmunidad sean cuestiones sustantivas, a menos que sea en el sentido de esenciales, pero no sustantivas en el sentido de materiales. Como resultado de ello, es preferible abordarlas una vez que la Comisión haya analizado de forma precisa cuál es el alcance sustantivo de la inmunidad, lo que incluye necesariamente el tratamiento previo de los límites y excepciones. Esa opinión no es tampoco ajena al enfoque adoptado por el antiguo Relator Especial, el Sr. Kolodkin, que abordó la cuestión de las excepciones y los aspectos procesales de la inmunidad en sus informes segundo y tercero[312], respectivamente. En todo caso, el tratamiento procesal de la inmunidad tiene entidad e interés suficiente como para ser tratado de forma separada en un único informe.

[310] Ibíd., pág. 52.

[311] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/673.

[312] *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

37. En cuanto a la sugerencia formulada por algunos miembros de la Comisión de que incorpore ambas cuestiones en un único informe, de tal forma que se pueda tener una visión completa del tema en el presente quinquenio, la Relatora Especial no cree que acelerar en el tratamiento de los temas sea una buena decisión ni vaya en interés de la Comisión. A fin de garantizar un buen resultado, es mejor tratar el tema con calma y prudencia. En el actual estadio de los trabajos, la oradora no cree que sea posible incorporar en un único informe más temas de los que la Comisión puede digerir en un período de sesiones; tampoco le parece aconsejable aplazar el examen de los límites y las excepciones para tratar primero las cuestiones procesales, en especial habida cuenta de que el programa de trabajo del 68º período de sesiones de la Comisión estará sobrecargado. Ello incluirá el examen del tercer informe del Sr. Kolodkin, sobre el que se produjo un primer debate en el seno de la Comisión que no fue concluyente. Por tanto, salvo que la Comisión decida expresamente lo contrario, la Relatora Especial reservará su quinto informe para el tema de los límites y las excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Para terminar, solicita a la Comisión que remita al Comité de Redacción los dos proyectos de artículo.

38. El PRESIDENTE dice que entiende que la Comisión desea remitir el proyecto de artículo 2 *f* y el proyecto de artículo 6 al Comité de Redacción, teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante el debate.

Así queda acordado.

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

[Tema 1 del programa]

39. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado está integrado por el Sr. Hmoud, la Sra. Jacobsson, el Sr. Kamto, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Saboia, el Sr. Tladi, el Sr. Wako y Sir Michael Wood, junto con la Sra. Escobar Hernández (Relatora Especial) y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Aplicación provisional de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687)

[Tema 6 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

40. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del tercer informe del Relator Especial sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/687).

41. El Sr. NIEHAUS dice que la importancia de la materia responde a la necesidad cada vez mayor de lograr la realización de los compromisos comprendidos en los tratados internacionales rápidamente, sin tener que esperar a que se cumplan los procesos relativamente largos señalados por la legislación interna. Además, las reacciones y manifestaciones obtenidas en el seno de la Sexta Comisión evidencian el reconocimiento de los Estados de que la aplicación provisional, en razón de su flexibilidad, promueve y acelera la aceptación del derecho internacional. El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 constituye una fuerte base y aporte de seguridad jurídica en cuanto al compromiso adquirido, sin dejar de lado la posibilidad de un compromiso unilateral de los Estados en cuanto al respeto de esas obligaciones.

42. En el párrafo 25 de su tercer informe, el Relator Especial hace referencia a seis categorías en cuanto a la práctica de los Estados en materia de aplicación provisional. Curiosamente, esa clasificación no siempre coincide con la información que han presentado los Estados a la Comisión. Al orador le llama la atención el hecho de que Costa Rica aparezca como perteneciente a la agrupación de Estados en los que la aplicación provisional está prohibida por su Constitución o no aceptada en otras disposiciones de su derecho interno. En realidad, la Constitución de Costa Rica no prohíbe explícitamente la aplicación provisional de los tratados, y Costa Rica es parte en la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 25 abre la puerta a dicha práctica. No obstante, con arreglo a una clara jurisprudencia de la Sala Constitucional, los tratados internacionales requieren como condición *sine qua non* para su entrada en vigor la aprobación legislativa; por lo tanto, su aplicación provisional no es posible. Ese ejemplo demuestra la importancia de conocer en detalle la práctica de los diferentes Estados.

43. Aunque resulta obvio que el punto de partida de la labor de la Comisión sobre la materia lo constituye el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, el orador coincide en que el Relator Especial ha hecho demasiado rápido la aseveración contenida en el párrafo 58 del informe de que, siempre que sea válida, la aplicación provisional produce los mismos efectos jurídicos que cualquier acuerdo internacional y, como tal, está sujeta a la regla *pacta sunt servanda*, y que sus efectos jurídicos serán definitivos y ejecutables.

44. Especialmente interesante resulta el tema de la aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales, que se trata en el capítulo III del informe. No obstante, al orador le habría gustado haber recibido detalles más amplios, en las secciones C, D y E de ese capítulo, de aspectos de la aplicación provisional de gran actualidad y relevancia en relación con los tratados en virtud de los cuales se crean organizaciones internacionales o regímenes internacionales, los tratados negociados en el ámbito de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas y los tratados en que son parte organizaciones internacionales. En particular, la información proporcionada en el párrafo 122, relativo a los tratados de los que organizaciones internacionales son parte y la situación de la Convención de Viena de 1986, requiere un examen más detallado y bien fundamentado.

45. El orador comparte la opinión de que el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema, más que

[*] Reanudación de los trabajos de la 3271ª sesión.

directrices, deberían ser conclusiones con títulos, lo cual facilitaría mucho el estudio. En términos generales, está de acuerdo con el contenido de los proyectos de directriz, los cuales encuentran su apoyo en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, resulta innecesario, en el proyecto de directriz 1, reiterar gran parte del artículo 25 de la Convención. Para efectos de claridad, sugeriría simplificar el texto para que diga: «Los Estados y las organizaciones internacionales podrán aplicar provisionalmente un tratado, o partes de él, conforme al derecho internacional y en concordancia con su derecho interno o con las reglas de la organización del caso». En cuanto al proyecto de directriz 4, el orador coincide con otros miembros de la Comisión en que es demasiado general y sugiere eliminarlo. El proyecto de directriz 6, que trata de un tema complejo, merece un estudio más amplio y detallado que impida caer en innecesarias confusiones. Apoya la sugerencia del Relator Especial de reiterar la invitación de la Comisión a los Estados a dar a conocer detalles de su práctica nacional relacionada con la aplicación provisional de los tratados. El orador está de acuerdo en que, junto con las observaciones hechas, los proyectos de directriz pasen al Comité de Redacción.

46. El Sr. KOLODKIN dice que la principal tarea de la Comisión en el marco de este tema es identificar las normas de derecho de los tratados y otras normas de derecho internacional relacionadas con la aplicación provisional de los tratados. La piedra angular de ese derecho es el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y sería útil dar a los Estados orientaciones claras sobre si dicho artículo refleja una norma consuetudinaria de derecho internacional. No obstante, el artículo 25 no aborda todas las cuestiones que subyacen a la aplicación provisional de los tratados. Por ejemplo, establece que un tratado puede aplicarse provisionalmente a la espera de su entrada en vigor; ahora bien, la práctica pone de manifiesto que los tratados multilaterales en vigor también pueden ser aplicados provisionalmente entre los Estados partes, por un lado, y los posibles Estados partes, por otro. También dispone que un tratado puede aplicarse provisionalmente si los Estados negociadores han convenido en ello; sin embargo, en la práctica esos acuerdos no solo se celebran entre los Estados negociadores. Además, el artículo 25 no se pronuncia acerca de si hay otras normas de derecho de los tratados y de derecho internacional, incluidas las relativas a cuestiones de responsabilidad y de sucesión, de aplicación a los tratados que se aplican provisionalmente.

47. Por consiguiente, el Relator Especial debe realizar un análisis en profundidad del derecho internacional aplicable a la luz del artículo 25, con miras a elaborar directrices claras para los Estados sobre cómo comienza y tiene lugar la aplicación provisional de los tratados, qué efectos jurídicos tiene —en comparación con los efectos jurídicos de un tratado en vigor—, cuánto tiempo puede durar y cómo puede terminarse.

48. Hay una serie de cuestiones que deben abordarse, a saber: si los Estados negociadores son los únicos que pueden convenir en la aplicación provisional; si ese acuerdo debe ser explícito o también puede ser tácito o implícito; y si debe ser jurídicamente vinculante o puede adoptar la forma de un acuerdo o entendimiento, como ha defendido parte de la doctrina.

49. Teniendo todo ello en cuenta, el orador desea centrarse en el ejemplo de la aplicación provisional por la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre Su Destrucción. El Relator Especial la presenta en el informe como ejemplo de un acto unilateral en virtud del cual la República Árabe Siria ha asumido la obligación de aplicar provisionalmente un tratado. Un miembro también ha sugerido que podría ser una nueva forma de aplicación provisional que va más allá del alcance del artículo 25.

50. No obstante, dado que participó directamente en el examen del caso, en el marco de la OPAQ, el orador sostiene que hubo un acuerdo tácito entre la República Árabe Siria y las partes en la Convención en el sentido del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Al formular la declaración relativa a la aplicación provisional de la Convención en el momento de depositar su instrumento de adhesión, la intención de la República Árabe Siria no solo era cumplir sus obligaciones, sino también ejercer los derechos que le confería la Convención como Estado miembro de la OPAQ. Los Estados partes eran conscientes de esa situación y ello fue tenido en cuenta por el Consejo Ejecutivo de la OPAQ al redactar su decisión sobre el caso. Se hizo un esfuerzo para asegurar que la manera de redactar la decisión reflejara que todos los Estados partes, no solo los representados en el Consejo, habían aceptado o consentido tácitamente la aplicación provisional de la Convención por la República Árabe Siria. También influyeron en la situación la imposibilidad de convocar una Conferencia de las Partes, el hecho de que algunos Estados partes no desearan que hubiera una referencia explícita al consentimiento a la aplicación provisional en la decisión del Consejo Ejecutivo y, por supuesto, la preocupación por que la República Árabe Siria cumpliera las obligaciones derivadas de la Convención durante el período de aplicación provisional.

51. La decisión del Consejo Ejecutivo se basó en el compromiso siguiente: en primer lugar, la aplicación provisional debía referirse a la Convención en su conjunto; en segundo lugar, la declaración de la República Árabe Siria se distribuyó entre los Estados partes en la fecha en que la República Árabe Siria depositó su instrumento de adhesión, esto es, 13 días antes de la adopción de la decisión; en tercer lugar, ni los Estados partes ni los miembros del Consejo Ejecutivo presentaron objeciones con respecto a la declaración; en cuarto lugar, se reconoció el carácter extraordinario de la situación y la necesidad de iniciar inmediatamente las actividades oportunas para el desmantelamiento del programa de armas químicas de Siria en espera de la entrada en vigor oficial de la Convención; y, en quinto lugar, el Gobierno de la República Árabe Siria convino en recibir de inmediato a una delegación de la OPAQ y cooperar con la organización de conformidad con la aplicación provisional de la Convención antes de su entrada en vigor.

52. No obstante, lo importante es que esas disposiciones figuran en el preámbulo de la decisión; en la parte dispositiva no se hace ninguna referencia a la aplicación provisional. Por consiguiente, el Consejo Ejecutivo no adoptó una decisión sobre la aplicación provisional de la Convención como tal, sino una decisión basada en la

presunción de que, al no haber objeciones, la solicitud de aplicación provisional se resolvió de antemano entre la República Árabe Siria y los Estados partes. Quienes redactaron la decisión consideraron que habían logrado reflejar esa importante cuestión jurídica. Por lo que el orador sabe, la República Árabe Siria no ha tomado parte en las negociaciones sobre la conclusión de la Convención, pero cabe suponer que ello no le impedirá llegar a un acuerdo sobre su aplicación provisional.

53. En el párrafo 5 del informe, el Relator Especial menciona la posibilidad de la aplicación provisional basada en el compromiso unilateral de un Estado. No obstante, sería conveniente examinar si hay alguna diferencia entre esa aplicación provisional y las situaciones mencionadas en los artículos 34 y 35 de la Convención de Viena de 1969 con respecto a los derechos y obligaciones dimanantes de un tratado para terceros Estados.

54. En su tercer informe, el Relator Especial analiza la aplicabilidad de las normas contenidas en los artículos 11, 18, 24, 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 a la aplicación provisional y manifiesta su intención de examinar la aplicabilidad de los regímenes de reservas y sucesión, la práctica de los depositarios y algunos aspectos de la terminación de la aplicación provisional en su próximo informe. El orador comparte la opinión de que es necesario ampliar el alcance del análisis de las normas de derecho internacional aplicables. De hecho, se han formulado varias propuestas en ese sentido, la mayoría de las cuales apoya. No obstante, no está convencido de la necesidad de examinar la aplicabilidad del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969; dado que es relativamente sencillo poner fin a la aplicación provisional de un tratado, no parece necesario referirse a las disposiciones relativas al incumplimiento de un tratado. De manera análoga, el orador cuestiona la pertinencia del artículo 18 de la Convención para la aplicación provisional, y coincide con el Relator Especial en que la aplicación provisional no se puede equiparar a la obligación general de abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y el fin del tratado.

55. También se hace eco de la opinión de que, aunque la aplicación provisional no es idéntica a la entrada en vigor, como norma general, un tratado aplicado provisionalmente tiene el mismo efecto jurídico que uno en vigor. En su opinión, la diferencia entre la aplicación provisional de un tratado y un tratado plenamente vigente es de carácter procesal más que sustantivo. Es más fácil iniciar la aplicación provisional de un tratado que lograr su plena aplicación, ya que esta debe ir precedida de su entrada en vigor. Del mismo modo, es más fácil establecer la terminación de un tratado aplicado provisionalmente que de uno en vigor; pese a ello, los efectos jurídicos de un tratado aplicado provisionalmente son los mismos. El principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, rige también para la aplicación provisional de los tratados. Por consiguiente, el incumplimiento de esos tratados genera la misma responsabilidad que el de los tratados en vigor.

56. Cabe señalar que los tratados aplicados provisionalmente son vinculantes para la Federación de Rusia, como confirmó la decisión adoptada en 2012 por el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia sobre la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley de Tratados Internacionales de la Federación de Rusia. El Tribunal sostuvo que el consentimiento a la aplicación provisional de un tratado significa que el tratado forma parte del ordenamiento jurídico nacional y debe aplicarse de la misma manera que los tratados internacionales en vigor (a menos que se disponga expresamente otra cosa). El Tribunal también señaló que ni la Convención de Viena de 1969 ni la Ley de Tratados Internacionales de la Federación de Rusia prevén exenciones al principio *pacta sunt servanda* en relación con los tratados aplicados provisionalmente.

57. El orador indica que tanto los tratados aplicados provisionalmente como los acuerdos sobre la aplicación provisional se rigen por el principio *pacta sunt servanda*. Ahora bien, si el acuerdo no es jurídicamente vinculante, el principio no se aplicará, pero seguirá prevaleciendo en relación con el propio tratado de aplicación provisional. En ese sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 también es pertinente respecto de los tratados aplicados provisionalmente. Con todo, la regla general de que los tratados aplicados provisionalmente tienen primacía frente a la legislación nacional no es absoluta: los Estados que convienen en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de él también pueden acordar otra cosa. Por ejemplo, los Estados pueden convenir en la aplicación provisional de determinadas disposiciones de un tratado, precisamente porque esas disposiciones no entran en conflicto con la legislación de los Estados que desean aplicarlas de manera provisional.

58. Además, los Estados pueden incluir una cláusula de limitación en un acuerdo sobre la aplicación provisional para que solo se apliquen provisionalmente las disposiciones que no sean contrarias a su legislación. Hay diversas formas de cláusulas de limitación y se utilizan con frecuencia en los acuerdos relativos a la aplicación provisional. Como pone de manifiesto, entre otras, la decisión del tribunal arbitral en su laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad en el caso *Yukos c. Federación de Rusia*, los términos exactos en que están redactadas esas cláusulas son importantes. Por tanto, el orador considera que el Relator Especial podría haber reflejado la decisión del caso *Yukos* con más precisión en el informe, refiriéndose en concreto al párrafo 320 de la decisión, donde el tribunal establece que su interpretación de la cláusula de limitación del artículo 45, párrafo 1, se basa en la terminología específica en su contexto; que las partes en un tratado pueden acordar cualquier régimen especial, incluido un régimen en que cada signatario pueda modular (o eliminar) su obligación de aplicación provisional basándose en la coherencia de cada disposición del tratado en cuestión con su derecho interno; ahora bien, el acuerdo con respecto a ese régimen debe expresarse de manera clara y sin ambigüedad.

59. El orador comparte la opinión de que no es apropiado analizar el derecho interno relativo a la aplicación provisional de los tratados. No obstante, el Relator Especial tal vez desee analizar las cláusulas de limitación en los acuerdos sobre la aplicación provisional, teniendo en cuenta su interpretación en la práctica de los Estados y los tribunales arbitrales, y en la doctrina. Sobre la base de ese análisis, la Comisión podría preparar una cláusula

modelo o directrices que establezcan los criterios que han de seguir los Estados al redactar esas cláusulas. El orador también apoya la propuesta de concluir el examen de las cuestiones relativas a la aplicación provisional de los tratados entre Estados antes de abordar la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales.

60. En cuanto a los proyectos de directriz, el orador está dispuesto a examinarlos en el Comité de Redacción durante el presente período de sesiones. No obstante, a juzgar por el debate celebrado hasta ahora, es probable que el Relator Especial desee modificar personalmente los proyectos de directriz antes de remitirlos al Comité de Redacción. El orador respetará los deseos del Relator Especial en ese sentido.

61. El Sr. CANDIOTI dice que no está de acuerdo con el Sr. Niehaus en la forma que debe revestir el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema. Debe tener utilidad práctica para los Estados y, por lo tanto, un proyecto de directrices parecería la forma más adecuada, como ha propuesto el Relator Especial. Por otra parte, el orador no apoya la propuesta de suprimir el proyecto de directriz 4. Por el contrario, debería ampliarse, ya que se refiere a lo que el Relator Especial considera la cuestión más importante de los efectos jurídicos de la aplicación provisional.

62. El Sr. NIEHAUS dice que el Sr. Candioti tal vez tenga razón y convenga mantener el proyecto de directriz 4. No obstante, en ese caso, decididamente debería ampliarse, ya que en su forma actual, tan reducida, no dice prácticamente nada.

63. El Sr. KAMTO señala que tiene tres observaciones que hacer sobre el tercer informe del Relator Especial. En primer lugar, está de acuerdo con la afirmación hecha por el Relator Especial en el párrafo 35 del tercer informe en el sentido de que la aplicación provisional está pensada para el período que precede a la entrada en vigor del tratado. No obstante, el Relator Especial parece equiparar el período que transcurre entre la firma y la entrada en vigor del tratado con su aplicación provisional. También parece dar a entender que la aplicación provisional de un tratado es independiente de la manifestación del consentimiento de los Estados partes en obligarse por el tratado. Ese razonamiento plantea dos problemas, a saber: la aplicación provisional de un tratado no se produce necesariamente durante el período comprendido entre la firma y la entrada en vigor del tratado, y, cuando es así, la aplicación provisional depende necesariamente de la manifestación del consentimiento de los Estados partes en quedar obligados de manera provisional por el tratado. Por último, el Relator Especial parece equiparar la noción de «manifestación del consentimiento en obligarse» con la de «entrada en vigor», lo que es incorrecto a tenor del derecho de los tratados.

64. De conformidad con el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, el tratado se aplica provisionalmente en espera de su entrada en vigor, lo que significa, necesariamente, antes de su entrada en vigor. La aplicación provisional de un tratado que ya ha entrado en vigor es un caso que escapa al alcance del artículo 25 y, por lo tanto, también al tema actual, según fue delimitado por el Relator Especial y aprobado por la Comisión.

65. La segunda observación es que algunos miembros de la Comisión, incluido el propio orador, han destacado que sería útil que la Comisión, como parte de su labor sobre el tema, examine las disposiciones del derecho interno de los Estados relativas a la aplicación provisional de los tratados. El Relator Especial ha hecho un esfuerzo para incorporar esa sugerencia examinando el caso *Yukos* y tratando de reflejar sus conclusiones en el proyecto de directriz 1. Sin embargo, no ha abordado el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Es imprescindible decidir si ese artículo se aplica o no a la aplicación provisional. Aunque el artículo 46, titulado «Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados», excluye en el párrafo 1 la posibilidad de que un Estado alegue su derecho interno como vicio del consentimiento en obligarse, también especifica «a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno». Las normas fundamentales mencionadas suelen ser normas constitucionales relativas a la celebración de tratados. Mientras que el caso *Yukos* no aborda de manera específica la facultad para celebrar tratados, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)*, la Corte Internacional de Justicia trató directamente la cuestión de los límites constitucionales de la facultad para celebrar tratados de los Jefes de Estado. Así pues, sería útil redactar una directriz a ese respecto. El orador no defiende que se deba aplicar a todo el sistema jurídico nacional, sino únicamente a las normas fundamentales del derecho interno relativas a la facultad para celebrar tratados.

66. Su tercera observación se refiere al párrafo 60 del informe, donde el Relator Especial señala que el carácter obligatorio de un tratado se encuentra determinado exclusivamente por el derecho internacional y que, independientemente de las disposiciones del derecho interno de un Estado parte en un tratado, no tendría efecto sobre las obligaciones internacionales del Estado. No está claro si eso significa que, independientemente de que la otra parte o las otras partes conocieran las disposiciones del derecho interno relativas al consentimiento del Estado parte en quedar obligado y no se hubieran cumplido, el tratado da lugar a obligaciones internacionales. Esa cuestión pone de manifiesto que las disposiciones del derecho interno relativas a la concertación de tratados son un aspecto fundamental del tema. Si lo único que dice la Comisión es que la aplicación provisional de un tratado puede realizarse con el acuerdo explícito de las partes y crea obligaciones para los Estados, y que el incumplimiento de esas obligaciones puede desencadenar la responsabilidad internacional del Estado, no está aportando nada nuevo al derecho internacional vigente. La formulación de directrices sobre la aplicación provisional de los tratados solo es útil en la medida en que ayude a los Estados a determinar el momento a partir del cual la aplicación provisional crea obligaciones internacionales para las partes y qué condiciones deben darse para que ello ocurra. Ese objetivo solo puede alcanzarse si la Comisión aclara la cuestión de las disposiciones del derecho interno relativas a la celebración de tratados.

67. Con respecto a los proyectos de directriz, el orador señala que el proyecto de directriz 6 no parece basarse

en un análisis previo del derecho de los tratados ni de la práctica de los Estados. Aunque su propósito simplemente sea recordar una norma general de derecho internacional, habría sido mejor mencionar las disposiciones del derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional que sustentan esa norma, aun si ello simplemente supone hacer referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El orador espera que el Relator Especial subsane esa laguna en el comentario del proyecto de directriz 6. Para concluir, el orador apoya la remisión de los seis proyectos de directriz al Comité de Redacción.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3279ª SESIÓN

Martes 28 de julio de 2015, a las 10.20 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, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

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

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros de la Comisión el programa de trabajo revisado de las dos últimas semanas del período de sesiones, que se acaba de distribuir.

2. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ se centra en el programa de trabajo de la mañana del 29 de julio y dice haber creído entender que, una vez terminada la sesión plenaria dedicada al informe del Comité de Redacción sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, se destinaría el resto de la sesión íntegramente a los trabajos del Comité de Redacción sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; en cambio, se prevé dedicar también una parte de lo que resta de la sesión a los trabajos del Comité de Redacción sobre la aplicación provisional de los tratados.

3. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO interviene en calidad de Relator Especial del tema de la aplicación provisional de los tratados y dice no ver inconveniente en que el miércoles 29 de julio solo se reúna el Comité de Redacción sobre la inmunidad a condición de que, de ser necesario, se destine la tarde del jueves 30 de julio por completo al Comité de Redacción sobre la aplicación provisional de los tratados, lo que supondría renunciar a las consultas oficiosas sobre el *ius cogens*.

4. El Sr. KITTICHAISAREE señala que no parece muy realista que el Comité de Redacción sobre la aplicación provisional de los tratados complete su examen de los seis proyectos de directriz en el tiempo que se le ha asignado y desearía conocer la opinión del Relator Especial al respecto.

5. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO dice que el Comité de Redacción estaría en mejores condiciones que él para pronunciarse sobre esta cuestión. Si la Comisión acepta en sesión plenaria remitir los seis proyectos de directriz al Comité de Redacción, el orador tiene la intención de someter a su consideración una versión revisada de los proyectos que tenga en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria, no para que termine su examen en el actual período de sesiones, sino para hacer avanzar los trabajos en la medida de lo posible.

6. El Sr. TLADI suscribe las palabras del Sr. Gómez Robledo y, como Relator Especial del tema relativo al *ius cogens*, acepta renunciar a las consultas oficiosas sobre la cuestión y mantener en su lugar encuentros individuales con los miembros de la Comisión.

7. El Sr. HASSOUNA agradece a la Mesa sus esfuerzos para revisar el programa de trabajo teniendo en cuenta los diferentes trabajos actuales y futuros. Se debería dar prioridad a los trabajos del Comité de Redacción sobre la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado y del Comité de Redacción sobre la aplicación provisional de los tratados. No obstante, dada la importancia de las consultas oficiosas sobre el *ius cogens* y sobre los crímenes de lesa humanidad, el orador propone que los miembros de la Comisión hagan llegar sus observaciones por escrito a los respectivos relatores especiales, en caso de que no puedan celebrarse las consultas por falta de tiempo, a fin de ayudarlos a preparar su próximo informe.

8. El PRESIDENTE dice que se reunirá con los relatores especiales en cuestión para acordar las modalidades de consulta que se habilitarán. Invita a los miembros de la Comisión a aprobar el programa de trabajo revisado, teniendo presente que se aplicará con la flexibilidad necesaria a la luz de los comentarios hechos en la presente sesión.

Queda aprobado el programa de trabajo revisado.

Aplicación provisional de los tratados (*continuación*) (A/CN.4/678, cap. II, secc. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687)

[Tema 6 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

9. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen del tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/687).

10. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ da las gracias al Relator Especial por su excelente tercer informe, con

base en una amplia investigación. Resulta muy pertinente el análisis que realiza para saber si el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 puede ser considerado norma de derecho internacional consuetudinario en vista de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales y de la *opinio iuris*. El Relator Especial también acierta cuando trata de manera conjunta la aplicación provisional de los tratados celebrados entre Estados y de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones entre sí. La validez de este enfoque queda puesta de manifiesto en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[313], que abarca las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Dado que existe una práctica en materia de aplicación provisional de tratados acordada por los Estados y las organizaciones internacionales, tal y como se expone en el tercer informe, conviene tratar esta práctica en el marco del tema.

11. La compilación de tratados con disposiciones sobre la aplicación provisional elaborada por la Secretaría, que se adjunta al tercer informe como anexo, es muy útil, y sería interesante saber qué conclusiones extrae el Relator Especial del examen de estas disposiciones en un próximo informe. El análisis que propone el Relator Especial de la relación entre la aplicación provisional y algunas disposiciones de la Convención de Viena de 1969 es muy ilustrativo y debería abarcar otras disposiciones, como las relativas a las reservas a los tratados, que serían examinadas en un futuro informe según ha indicado el Relator Especial.

12. En cuanto a la relación entre la aplicación provisional y el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969, el Relator Especial afirma con rotundidad que debe distinguirse el concepto de consentimiento en obligarse por un tratado de la aplicación provisional y realiza a este respecto un análisis interesante del artículo 7 del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, tras lo cual expresa la idea de que las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado previstas en el artículo 11 de la Convención de Viena de 1969 pueden ser las mismas para acordar su aplicación provisional. Si bien se trata de una hipótesis interesante, puede prestarse a cierta confusión. Parecería más bien que el artículo 7 del Acuerdo da a entender que en un tratado se puede convenir que la manifestación del consentimiento para aceptar la aplicación provisional del tratado deriva implícitamente de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que se exprese lo contrario.

13. Por una parte, no está claro si el Relator Especial concibe como jurídicamente vinculante, como un convenio internacional, el acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado, tal y como ha defendido el Sr. Murphy. Si, por ejemplo, se acuerda la aplicación provisional de un tratado o de algunas de sus disposiciones en un acuerdo por separado, únicamente mediante la firma o el intercambio de notas, sin opción de adhesión o retiro, cabe preguntarse si este otro acuerdo es jurídicamente vinculante y, por ende, es un tratado o si puede adoptar la forma de un arreglo sin valor de tratado internacional y, por tanto, sin fuerza vinculante necesariamente. Lo importante es que de un modo u otro se haga constar que los Estados negociadores han convenido la aplicación provisional del tratado.

14. En este contexto, el orador suscribe el razonamiento del Sr. McRae, en el sentido de que el acuerdo, ya sea que esté contenido en el propio tratado o convenido de otro modo, puede en muchos casos únicamente permitir la posibilidad de que los Estados consideren el tratado como jurídicamente vinculante en la medida en que aceptan aplicarlo provisionalmente, por lo que sería la acción del Estado que notifica su aceptación de la aplicación provisional la que debería referirse como jurídicamente vinculante en lugar del acuerdo de los Estados. En estos casos, el tratado aplicado provisionalmente debería su carácter jurídicamente vinculante al hecho de que un Estado notifica su aceptación de estar vinculado jurídicamente por la obligación de aplicar provisionalmente el tratado en cuestión. En todo caso, se requiere un mayor análisis a este respecto. La práctica de los Estados y la jurisprudencia apuntan a considerar que la aplicación provisional de un tratado produce los mismos efectos que un tratado en vigor, que es jurídicamente vinculante, pero esto requiere un mayor sustento.

15. Respecto al análisis que hace el Relator Especial del artículo 24 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la entrada en vigor de un tratado, es conveniente hacer algunas precisiones. En primer lugar, el Relator Especial afirma que la aplicación provisional de un tratado supone que no está en vigor. Algunos miembros de la Comisión han rebatido esta afirmación, en efecto errónea, puesto que un tratado multilateral puede haber entrado en vigor para algunos Estados, con arreglo a lo previsto en sus disposiciones, pero no para otros, que pueden aplicarlo provisionalmente si así lo han convenido los Estados negociadores.

16. Asimismo, tal y como prevén varias disposiciones de los tratados multilaterales citados en el anexo del tercer informe, un Estado puede aplicar provisionalmente un tratado que ya está en vigor. Para citar solo uno de los numerosos ejemplos que figuran en el anexo, el artículo 56 del Convenio Internacional del Cacao de 2010 dispone lo siguiente: «Todo gobierno signatario que tenga intención de ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o todo gobierno que se proponga adherirse a este, pero que todavía no haya podido depositar su instrumento, podrá en cualquier momento notificar al depositario que, de conformidad con sus procedimientos constitucionales o su legislación interna, aplicará el presente Convenio con carácter provisional cuando entre en vigor conforme al artículo 57 o, si ya está vigente, en la fecha que se especifique».

17. Esta disposición, presente en términos similares en otras convenciones citadas en el anexo, prevé que el tratado que ya esté vigente pueda aplicarse no solo con respecto a las partes en él, es decir, los Estados para los cuales el tratado ha entrado en vigor, sino también con

[313] Resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo. Véase 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 en *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 25 y ss.

respecto a los Estados para los cuales aún no ha entrado en vigor pero que aceptan aplicarlo provisionalmente. Por tanto, se pueden establecer y pueden coexistir relaciones contractuales entre Estados partes, entre Estados partes y Estados que aplican provisionalmente el tratado y entre Estados que aplican el tratado con carácter provisional. Si los derechos y las obligaciones que emanan de la aplicación provisional de un tratado fueran de diferente naturaleza jurídica, reinaría el caos en dichas relaciones contractuales.

18. En algunas disposiciones de los convenios citados en el anexo del informe se prevé expresamente que el Estado que aplique provisionalmente la convención sea considerado parte en ella. Así, el Convenio que Crea la Unión de Países Exportadores de Banano prevé en su artículo 38 que «[e]l país que se acoja a este procedimiento tendrá todas las obligaciones y derechos que le daría la ratificación definitiva». Por ello, es necesario precisar que el tratado no ha entrado en vigor para el Estado que lo aplica o podría aplicarlo provisionalmente. Una vez que el tratado entra en vigor para ese Estado, la aplicación provisional se extingue automáticamente y el tratado se aplica con respecto a él en calidad de Estado parte.

19. En la sección D del capítulo II del tercer informe, el Relator Especial examina la relación entre la aplicación provisional y el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, que enuncia el principio *pacta sunt servanda*, y a partir de ese análisis, que completa el que realizó en su segundo informe[314], afirma que «[e]l principio de que las obligaciones deben ser observadas (*pacta sunt servanda*) se extiende también a los tratados aplicados provisionalmente» y que «[e]n este sentido, las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional de un tratado son las mismas que aquellas que surgirían tras su entrada en vigor». Si bien suscribe con carácter general este análisis, el orador estima que haría falta entrar en detalles, puesto que es el eje central del tema, en particular si se considera que el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 limita la aplicación del principio *pacta sunt servanda* a los tratados en vigor.

20. Por consiguiente, tal vez sería pertinente realizar un análisis más amplio del principio, más allá de la perspectiva de la Convención de Viena de 1969, acudiendo, por ejemplo, a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, titulada «Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», que dispone que «[t]odos los Estados deberán cumplir de buena fe las obligaciones que les incumben en virtud de los principios y normas generalmente reconocidos de derecho internacional» y que «[t]odo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos». La propia Convención de Viena de 1969 remite al derecho internacional consuetudinario en su preámbulo al afirmar que «las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención».

21. El Relator Especial procede a un análisis riguroso del principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, relativo al derecho interno y la observancia de los tratados, según el cual «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Conviene señalar que este artículo hace referencia a una «parte», es decir, a un Estado para el cual el tratado ha entrado en vigor. Con todo, el Relator Especial menciona el derecho interno en la segunda parte del proyecto de directriz 1, cuando no es el lugar apropiado dado que esta primera directriz debe enunciar la regla general en materia de aplicación provisional de los tratados.

22. También se deberá analizar el otro supuesto, esto es, cuando el propio tratado prevé que los Estados puedan aplicarlo provisionalmente a condición de que sea compatible con su derecho interno. Así, por ejemplo, el artículo 59 del Convenio Internacional del Caucho Natural de 1987, citado en el anexo del tercer informe, prevé que todo Estado pueda notificar al depositario que aplicará el Convenio con carácter provisional pero que, no obstante esta disposición, todo gobierno pueda indicar en su notificación de aplicación provisional que solo aplicará el Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales o legislativos o ambos, lo cual no será óbice para que deba cumplir con todas las obligaciones financieras que le incumban. En el caso *Yukos c. la Federación de Rusia*, la Federación de Rusia esgrimió como argumento que el derecho interno puede limitar la aplicación provisional de un tratado con arreglo a las disposiciones del propio tratado. Este aspecto del derecho interno merecería un análisis más profundo en futuros informes.

23. El Relator Especial tituló con acierto su proyecto de directrices «Propuestas preliminares de directrices sobre la aplicación provisional», puesto que con su contenido actual las directrices hacen pensar más en normas generales que en directrices detalladas que orienten la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. Si bien las directrices pueden reflejar principios jurídicos, como lo hizo, por ejemplo, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, el Relator Especial podría considerar más bien la redacción de un proyecto de conclusiones, como se ha hecho para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados».

24. Para concluir, el orador apoya que se envíen los proyectos de directriz al Comité de Redacción y celebra que el Relator Especial haya anunciado que los revisaría teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante la sesión plenaria. Espera, en particular, que se tenga en cuenta la necesidad de dar mayor contenido al proyecto de directriz 4 sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional de modo que se precise que estos efectos son vinculantes. Por último, aprueba el programa de trabajo futuro propuesto por el Relator Especial.

25. El Sr. HASSOUNA da las gracias al Relator Especial por su excelente informe y dice que se limitará a hacer algunos comentarios generales sobre el debate en

[314] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/675.

torno a la aplicación provisional de los tratados. En primer lugar, todo el mundo comparte la importancia del tema examinado, que se ocupa de una práctica cada vez más habitual en las relaciones entre Estados; además, cabe señalar que, en sus declaraciones en la Sexta Comisión y en sus observaciones escritas, los Estados han expresado esta misma opinión. Durante las consultas oficiosas organizadas por el Relator Especial con ocasión de su reciente visita a la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, los representantes de los Estados subrayaron igualmente la importancia del tema y apoyaron decididamente los trabajos iniciados. En cuanto al continente africano, a pesar de la heterogeneidad de su práctica, los Estados miembros de la CEDEAO recurren cada vez más a la aplicación provisional de los tratados. Asimismo, los retos que plantean la ratificación y la puesta en práctica de los tratados en África, cuestión estrechamente vinculada a la de la aplicación provisional de los tratados, estarán en el programa del Foro Africano, que tendrá lugar en El Cairo en octubre de 2015. En su intervención, el Sr. Kamto ha puesto como ejemplo la grave crisis que recientemente se desató entre dos países africanos por el retraso de uno de ellos en el procedimiento de ratificación de un tratado, ejemplo que ilustra bien la importancia y la actualidad del tema.

26. En segundo lugar, el objetivo general de los trabajos sobre el tema es llegar a entender mejor el mecanismo de la aplicación provisional de los tratados a fin de ofrecer la seguridad jurídica necesaria a los Estados que recurren a él. La aplicación provisional de los tratados se ha convertido efectivamente en una práctica habitual por diversas razones, entre ellas la prudencia, la urgencia o la flexibilidad. A juicio del orador, el informe examinado, algunos de cuyos aspectos han suscitado críticas constructivas, contribuye claramente a lograr este objetivo.

27. En tercer lugar, en lo que se refiere a las cuestiones de fondo abordadas en el informe, el orador coincide en que deben hacerse precisiones fundamentales al proyecto de directriz 4, relativo a los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados, porque con su redacción actual resulta demasiado ambiguo y excesivamente conciso. Si bien se suele aceptar que la aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos vinculantes, extremo confirmado por la Corte Internacional de Justicia, por instancias de arbitraje competentes y por los trabajos anteriores de la Comisión, habría que hacer hincapié en los casos equívocos en los que se albergan dudas acerca de la existencia de esos efectos. También habría que aclarar la función del derecho interno en la aplicación provisional de los tratados, aspecto del que se ocupa el proyecto de directriz 1, en el cual se podría indicar en qué casos son pertinentes las normas de derecho interno y en qué casos no lo son. Ahora bien, no parece necesario acometer un estudio comparativo de la legislación nacional relativa a la aplicación provisional de los tratados. El mandato de la Comisión consiste en determinar la práctica de los Estados en derecho internacional, por lo que el derecho interno es tan solo pertinente cuando remite a conceptos, atribuciones, obligaciones o procedimientos de derecho internacional. En respuesta a la pregunta de qué artículos de la Convención de Viena de 1969 y de la Convención de Viena de 1986 deben tenerse en cuenta a los efectos del tema, el orador considera relevantes todos los artículos de interés para la aplicación provisional de los tratados. Con su redacción actual, los proyectos de directriz abarcan indistintamente la aplicación provisional de los tratados celebrados por los Estados y por las organizaciones internacionales, si bien sería más apropiado tratar estos dos casos por separado. Por último, en aras de una mayor claridad, se debería titular cada uno de los proyectos de directriz.

28. En cuarto lugar, con respecto al formato final de los trabajos, dada la importancia práctica del tema y la necesidad apremiante de que los Estados comprendan todas las implicaciones de la aplicación provisional de los tratados, sería mejor elaborar proyectos de directriz o cláusulas modelo que proyectos de conclusión.

29. En quinto lugar, el orador es partidario de remitir el conjunto de proyectos de directriz al Comité de Redacción durante el actual período de sesiones, lo cual permitiría a la Comisión seguir avanzando y elaborar las directrices concretas que esperan los Estados. Durante el debate en sesión plenaria se han formulado diversas propuestas de mejora de los proyectos de directriz que el Relator Especial podrá tener en cuenta cuando reformule los textos que vaya a someter al Comité de Redacción. No cabe duda de que se solventarán los problemas que han surgido gracias a la sabiduría colectiva de la Comisión.

30. En sexto lugar, es importante que durante el actual período de sesiones, fundamental para los trabajos de la Comisión, el Comité de Redacción disponga de tiempo suficiente para completar su labor, no solamente en relación con la aplicación provisional de los tratados, sino también con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El orador espera además que la Comisión tenga tiempo para llevar a cabo consultas oficiosas acerca de otros dos temas: los crímenes de lesa humanidad y el *ius cogens*. En cualquier caso, los miembros podrán hacer llegar en todo momento su opinión sobre los dos documentos de trabajo elaborados por los relatores especiales en cuestión a fin de ayudarlos a preparar sus próximos informes.

31. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO (Relator Especial) agradece en primer lugar a los miembros de la Comisión sus observaciones de gran utilidad respecto de su tercer informe. En sus intervenciones, los Sres. Caflisch y McRae se han preguntado, con gran acierto, si la Comisión debía ceñirse a los límites fijados por el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Si bien a juicio del orador este artículo debe ser sin duda el punto de partida de los trabajos, la Comisión podría ir más lejos si ello revistiera interés en relación con las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional. El Sr. Tladi ha planteado otra pregunta interesante: ¿quién se beneficia de la aplicación provisional de un tratado? Para contestarla, el orador querría retomar lo que ha declarado el Sr. Nolte en su intervención, a saber, que caben varias interpretaciones del concepto de aplicación provisional de los tratados. Se puede hacer una interpretación muy literal del concepto, en cuyo caso hay que hablar de aplicación provisional *de facto*, o se puede partir del principio según el cual la aplicación provisional produce efectos jurídicos, en cuyo caso el tema adopta un cariz diferente. En vista de todo ello, y para

volver a la pregunta formulada, si la aplicación provisional tiene efectos jurídicos en el plano internacional, parece, en opinión del orador, que su principal beneficiario es el propio tratado, puesto que así cumple con su primer objetivo, el de ser aplicado, a pesar de que solo su entrada en vigor pueda implantar un régimen jurídico consolidado. A este respecto, todos los Estados negociadores son beneficiarios de la aplicación provisional, también de manera indirecta, con independencia de los derechos y obligaciones que se deriven de ella.

32. Pese a que todos reconocen que convendría examinar la práctica de los Estados en materia de aplicación provisional de los tratados, al orador no le parece oportuno acometer un análisis comparado de la legislación nacional pertinente, puesto que no solo sería complicado y arriesgado, sino que tampoco tendría gran utilidad, tal y como ha recalcado el Sr. Murphy. En cualquier caso, con independencia de la necesidad de volver a ponerse en contacto con los Estados que aún no han hecho llegar sus comentarios sobre su práctica, el orador seguirá recopilando la información disponible.

33. También hay que aclarar un aspecto planteado por varios miembros de la Comisión, entre ellos la Sra. Escobar Hernández y los Sres. Forteau, Kamto, Kittichaisaree, Murase, Nolte, Park, Petrič, Šturma y Tladi: la aparente contradicción entre los párrafos 10 y 25 del tercer informe, en los cuales se hace referencia al derecho interno. Las observaciones de los Estados acerca de su práctica en materia de aplicación provisional de los tratados han resultado ser especialmente útiles al arrojar luz sobre algunos puntos fundamentales, especialmente las razones por las que recurren a ese mecanismo, el modo en que convienen en hacerlo, las formas de la terminación de la aplicación provisional y, sobre todo, los efectos jurídicos que se atribuyen a un tratado o una parte de un tratado aplicados provisionalmente. Ahora bien, el orador no ha pretendido en ningún caso llevar a cabo un estudio comparativo de las normas de derecho interno pertinentes y, aunque muchos Estados mencionan su derecho interno en sus comentarios, es su práctica internacional la que debe tenerse en cuenta a los efectos de los trabajos sobre este tema. En el párrafo 25 del informe, el orador se esforzó por sistematizar la práctica de los Estados, ejercicio particularmente complejo como ponen de manifiesto las observaciones de la Sra. Escobar Hernández y los Sres. Forteau y Niehaus sobre la práctica de España, Francia y Costa Rica. Con todo, decidió añadir al final del proyecto de directriz 1 la frase «en la medida en que el derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales no lo prohíban» por dos motivos: en primer lugar, porque conviene indicar al usuario que las directrices propuestas no persiguen en modo alguno sortear las disposiciones del derecho interno, sobre todo en presencia de una norma de importancia fundamental, como se señala en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969; en segundo lugar, porque así se da a entender que en la mayoría de los casos examinados es el propio tratado el que fija tales límites. Así pues, el orador pretendía llamar la atención de los Estados negociadores del tratado, tal y como ha sugerido el Sr. Nolte, a pesar de que, como ha destacado Sir Michael Wood, quizás los Estados no necesiten ese aviso. También se podría reflejar este aspecto en el comentario en lugar de hacerlo en el cuerpo del proyecto de directriz, a menos que los miembros decidan optar por la expresión propuesta por el Sr. Nolte. En cualquier caso, la Comisión tendrá ocasión de retomar esta cuestión si, como se espera, se remiten los proyectos de directriz propuestos al Comité de Redacción. En pocas palabras, una vez que se ha convenido recurrir a la aplicación provisional, esta se rige por el derecho internacional.

34. En relación con la terminación de la aplicación provisional, el Sr. Tladi se ha preguntado si el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969 contempla el caso de un tratado que deja de ser aplicado provisionalmente porque su entrada en vigor es incierta. Se podría ir incluso más lejos y preguntarse si ese párrafo produciría efectos desde el momento en que los Estados en cuestión constataran esa incertidumbre. El orador no comparte esta interpretación, no solo porque el artículo 25, párrafo 2, se ocupa claramente de la terminación de la aplicación provisional de un tratado con respecto a un solo Estado, sino sobre todo porque, con ello, se despojaría de toda utilidad a la aplicación provisional. A este respecto es significativo el ejemplo del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, aplicado desde hace unos 20 años a pesar de que aún no ha entrado en vigor.

35. El Sr. Murase ha preguntado si es realmente pertinente analizar los tratados que confieren derechos individuales. Hay que aclarar que se pretenden examinar las posibles consecuencias de la terminación de la aplicación provisional de un tratado, en el sentido del artículo 25, párrafo 2, para las personas con las cuales el Estado ya tiene obligaciones. Esta pregunta no es quizás tan importante teniendo en cuenta que la mayoría de los tratados relativos a los derechos humanos son ya casi universales, pero sin duda sí cabe formulársela en relación con una categoría particular de tratados, que imponen obligaciones al Estado para con las personas bajo su jurisdicción y no obligaciones recíprocas entre los Estados signatarios.

36. En su próximo informe, el orador abordará la cuestión más amplia de la terminación de la aplicación provisional y su régimen jurídico, al tiempo que seguirá examinando los vínculos entre la aplicación provisional y otras disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 —en particular los artículos 46 y 60, como se ha sugerido—, evitando obviamente reinventar la Convención. También resultará útil profundizar en la cuestión de la entrada en vigor y determinar si el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 tiene carácter consuetudinario.

37. Por lo que a los proyectos de directriz se refiere, no le parece necesario en esta fase retomar las numerosas observaciones y propuestas pertinentes que se han formulado al respecto, puesto que serán tenidas en cuenta por el Comité de Redacción en su labor de reescritura y estarán igualmente reflejadas en los futuros comentarios a las directrices. No obstante, cabe señalar tres cosas. En primer lugar, casi todos los miembros desean separar la cuestión de la aplicación provisional de los tratados con respecto a los Estados y la de las relaciones de las organizaciones internacionales entre sí y con los Estados. Quizás, tal y como ha propuesto el Sr. Park,

convendrá añadir una última directriz que recuerde que todas las directrices relativas a los Estados se aplican *mutatis mutandis* a las organizaciones internacionales. Asimismo, como han señalado varios miembros, parece pertinente añadir una directriz que defina el ámbito de aplicación y una directriz que contemple las situaciones en las que se ha hecho una declaración unilateral. Por último, en cuanto a si la Comisión debe elaborar un conjunto de directrices o de conclusiones, hay que recordar que el objetivo del tema examinado siempre ha sido el de proponer a los Estados algo eminentemente práctico. El orador prefiere proseguir los trabajos según el enfoque actual, aunque no excluye la posibilidad de proponer proyectos de cláusula modelo, tal y como han recomendado los Sres. Hassouna y Petrič. Al orador no le convence que el tema deba ser entendido como una mera interpretación del artículo 25.

38. El PRESIDENTE cree entender que los miembros de la Comisión desean remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1 a 6 sobre la aplicación provisional de los tratados.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.20 horas.

3280ª SESIÓN

Miércoles 29 de julio 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, 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. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

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

[Tema 7 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) presenta el título y el texto de los proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción durante los períodos de sesiones 66º y 67º de la Comisión, que figuran en el documento A/CN.4/L.869, a saber:

[*] Reanudación de los trabajos de la 3254ª sesión.

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Proyecto de conclusión 1. Alcance

Los presentes proyectos de conclusión se refieren a la manera como se han de determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

SEGUNDA PARTE

ENFOQUE BÁSICO

Proyecto de conclusión 2 [3]. Dos elementos constitutivos

Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Proyecto de conclusión 3 [4]. Valoración de la prueba respecto a los dos elementos

1. Al valorar la prueba para determinar si existe una práctica general y si esa práctica está aceptada como derecho (*opinio iuris*), debe tenerse en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias concretas propias de cada prueba.

2. Cada elemento se ha de determinar por separado. Ello requiere una valoración de la prueba respecto de cada elemento.

TERCERA PARTE

UNA PRÁCTICA GENERAL

Proyecto de conclusión 4 [5]. Requisito de la práctica

1. El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

2. En algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario.

3. El comportamiento de otros actores no constituye una práctica que contribuya a la formación o expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, pero puede ser pertinente al valorar la práctica a que se refieren los párrafos 1 y 2.

Proyecto de conclusión 5 [6]. Comportamiento del Estado como práctica del Estado

La práctica del Estado consiste en el comportamiento del Estado, en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

Proyecto de conclusión 6 [7]. Formas de práctica

1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas, comprende tanto actos materiales como verbales. En determinadas circunstancias, puede incluir la inacción.

2. Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento relativo a las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento relativo a los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento relativo a operaciones «sobre el terreno»; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de los tribunales nacionales.

3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

Proyecto de conclusión 7 [8]. Valoración de la práctica de un Estado

1. Habrá que tener en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate, que deberá ser valorada en su conjunto.

2. En los casos en que la práctica de un determinado Estado varíe, se podrá otorgar menos peso a esa práctica.

Proyecto de conclusión 8 [9]. La práctica debe ser general

1. La práctica pertinente debe ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante.

2. No se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general.

CUARTA PARTE

ACEPTADA COMO DERECHO (*OPINIO IURIS*)

*Proyecto de conclusión 9 [10]. Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)*

1. El requisito, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que la práctica en cuestión debe observarse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho.

2. La práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*) debe distinguirse del simple uso o el simple hábito.

*Proyecto de conclusión 10 [11]. Formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)*

1. La prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) puede revestir una gran variedad de formas.

2. Las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales nacionales; las disposiciones de los tratados; y el comportamiento relativo a las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

3. La falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción.

QUINTA PARTE

ALCANCE DE CIERTOS MEDIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Proyecto de conclusión 11 [12]. Tratados

1. Una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se demuestra que tal norma:

a) ha codificado una norma de derecho internacional consuetudinario existente en la fecha en que se celebró el tratado;

b) ha llevado a la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario que había comenzado a emerger antes de la celebración del tratado; o

c) ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario.

2. El hecho de que una norma se enuncie en varios tratados puede indicar, aunque no necesariamente, que la norma convencional refleja una norma de derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 12 [13]. Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales

1. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario.

2. Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede constituir un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo.

3. Una disposición de una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se demuestra que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

Proyecto de conclusión 13 [14]. Decisiones de tribunales judiciales y arbitrales

1. Las decisiones de tribunales judiciales y arbitrales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario constituyen una forma subsidiaria de determinación de dichas normas.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario, como forma subsidiaria de determinación de tales normas.

Proyecto de conclusión 14. Doctrina

Las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones pueden ser una forma subsidiaria para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

SEXTA PARTE

OBJETOR PERSISTENTE

Proyecto de conclusión 15 [16]. Objetor persistente

1. Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción.

2. La objeción debe ser expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente.

SÉPTIMA PARTE

DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO PARTICULAR

Proyecto de conclusión 16 [15]. Derecho internacional consuetudinario particular

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.

2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*).

2. El orador recuerda a los miembros de la Comisión que, en los casos en que la numeración ha cambiado, se indica entre corchetes el número de los proyectos de conclusión propuesto inicialmente por el Relator Especial en sus informes segundo y tercero[315].

3. Dice que, durante el actual período de sesiones, el Comité de Redacción ha dedicado 12 reuniones al examen de los proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Ha examinado

[315] *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/672; y *Anuario… 2015*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/682.

los dos proyectos de conclusión que quedaron pendientes en el anterior período de sesiones, así como los propuestos por el Relator Especial en su tercer informe, teniendo también en cuenta los ocho proyectos de conclusión que aprobó provisionalmente en el 66º período de sesiones, además de las nuevas formulaciones propuestas por el Relator Especial al Comité de Redacción en respuesta a las sugerencias o preocupaciones planteadas en sesión plenaria. En el actual período de sesiones ha aprobado provisionalmente otros ocho proyectos de conclusión, así como párrafos adicionales para dos de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente el año anterior. El orador felicita al Relator Especial, cuyo dominio del tema, orientación y cooperación han facilitado enormemente la labor del Comité de Redacción.

4. El informe del Comité de Redacción, que podrá consultarse en francés e inglés en el sitio web de la Comisión, se centra en los elementos que son nuevos o guardan relación con los proyectos de conclusión aprobados en el 66º período de sesiones, y debe leerse juntamente con el informe provisional del Presidente del Comité de Redacción en ese período de sesiones.

5. Los proyectos de conclusión, 16 en total, se dividen en siete partes. La primera parte se ocupa del alcance. En la segunda parte se establece el enfoque básico de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que consiste en comprobar la existencia de los dos elementos constitutivos y valorar la prueba a ese respecto. Las partes tercera y cuarta ahondan en esos elementos constitutivos, a saber, la práctica general y la *opinio iuris*. En la quinta parte se aborda el alcance de ciertos medios para la identificación del derecho internacional consuetudinario. Las partes sexta y séptima se ocupan, respectivamente, del objetor persistente y el derecho internacional consuetudinario particular.

6. En el 66º período de sesiones, el Comité de Redacción aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 3 [4] (Valoración de la prueba respecto a los dos elementos), que entonces constaba de un único párrafo. Esa disposición central, que se ha modificado en el actual período de sesiones, figura en el párrafo 1 y establece un principio general aplicable a muchos de los proyectos de conclusión siguientes. En 2014, se planteó en la Comisión y en la Sexta Comisión la necesidad de seguir examinando la relación entre los dos elementos constitutivos, y el Relator Especial volvió a examinarla en su tercer informe. A la luz de ese informe y del debate en el pleno de la Comisión, se ha mejorado la estructura propuesta inicialmente por el Relator Especial. En particular, se ha considerado apropiado tratar la cuestión a veces denominada del «doble cómputo» en un segundo párrafo del proyecto de conclusión 3 [4], y no en el proyecto de conclusión 10 [11], donde se había abordado inicialmente.

7. La primera oración del proyecto de conclusión 3 [4], párrafo 2, tiene por objeto dejar claro que, en la valoración de la prueba respecto de los dos elementos, se debe establecer la existencia de cada elemento. Aunque los dos elementos constitutivos son inseparables, la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario exige que cada elemento se determine por separado; no se puede deducir la existencia de un elemento de la existencia del otro. Como se indica en el tercer informe del Relator Especial, ese enfoque refleja la manera en que la cuestión se aborda comúnmente en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales. La segunda oración, que expresa una consecuencia lógica de la afirmación contenida en la primera oración, se ocupa de la cuestión del «doble cómputo», muy debatida en el seno de la Comisión. A fin de determinar cada elemento por separado, se deben valorar las pruebas, que a menudo son diferentes, respecto de cada elemento. No obstante, hay acuerdo general en el Comité de Redacción en que no se debe descartar la posibilidad de utilizar los mismos medios para determinar la práctica y la *opinio iuris*; lo importante es que, incluso en esos casos, los medios se examinen con diferente propósito.

8. En el anterior período de sesiones, el Comité de Redacción aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 4 [5] (Requisito de la práctica) y decidió estructurarlo en dos párrafos separados sobre la función de la práctica de los Estados y la función de la práctica de las organizaciones internacionales, respectivamente. Varias cuestiones pendientes relativas a la función de la práctica de las organizaciones internacionales se han abordado más ampliamente en el tercer informe del Relator Especial y se han examinado en sesión plenaria en el actual período de sesiones. Así pues, el Comité de Redacción ha decidido mantener el contenido de los dos primeros párrafos del proyecto de conclusión 4 [5]. En particular, ha considerado apropiado mantener el texto del párrafo 1, que establece que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario; se ha utilizado la palabra «principalmente» para poner de relieve la función fundamental de los Estados, indicando al mismo tiempo que no debe pasarse por alto la práctica de las organizaciones internacionales. Esta disposición se complementó con el texto del párrafo 2, que indica que la práctica de las organizaciones internacionales puede tener el mismo efecto, pero solo «en algunos casos». A la luz del tercer informe del Relator Especial y del debate celebrado en sesión plenaria, al Comité de Redacción le ha parecido bien la sugerencia del Relator Especial de mantener sin cambios el texto del párrafo 2; la expresión «en algunos casos» se examinará en el comentario.

9. El proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 3, se ocupa de la función de otros actores, llamados «actores no estatales» en el tercer informe del Relator Especial. Se han planteado dos cuestiones en relación con el texto del párrafo 3 propuesto por el Relator Especial («El comportamiento de otros actores no estatales no constituye una práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario»). En primer lugar, se ha sugerido que la expresión «otros actores no estatales» podría inducir a error, dependiendo de la percepción que se tenga de las organizaciones internacionales. Algunos miembros del Comité de Redacción han destacado que, en sentido estricto, esas organizaciones no pueden, en vista de su composición, considerarse actores no estatales. Dicho esto, el Comité de Redacción ha convenido en que la función de las organizaciones internacionales se aborda exclusivamente en el párrafo 2, mientras que el párrafo 3 tiene por objeto ocuparse de la

función de los actores que no son Estados y de las organizaciones internacionales. Así pues, ha decidido utilizar la expresión «otros actores» en el párrafo 3, atendiendo a una sugerencia del Relator Especial. En segundo lugar, varios miembros han sugerido durante el debate en sesión plenaria y en el Comité de Redacción que determinados «otros actores», como el CICR, podrían no obstante desempeñar una importante función. Si bien el propósito de la primera parte de la oración es, por tanto, distinguir el comportamiento de otros actores de la práctica de los Estados o las organizaciones internacionales dejando claro que no puede, como tal, contribuir a la formación, ni demostrar la existencia, del derecho internacional consuetudinario, la segunda parte de la oración, al reconocer la pertinencia del comportamiento de otros actores para la valoración de la práctica, contempla la posibilidad de que ese comportamiento, al instigar o registrar una práctica, desempeñe una función importante en el proceso de identificación del derecho internacional consuetudinario.

10. En cuanto al título de la cuarta parte de los proyectos de conclusión, el Comité de Redacción ha decidido finalmente incluir tanto la expresión «aceptada como derecho», propuesta inicialmente por el Relator Especial, como la expresión «*opinio iuris*», que prefieren algunos miembros de la Comisión debido a su uso común en la práctica. Por consiguiente, se han añadido entre paréntesis las palabras «*opinio iuris*» después de «aceptada como derecho». Los dos proyectos de conclusión incluidos en la cuarta parte, los proyectos de conclusión 9 [10] y 10 [11], fueron propuestos en el segundo informe del Relator Especial, pero el Comité de Redacción no los estudió en el 66º período de sesiones por falta de tiempo.

11. Con respecto al proyecto de conclusión 9 [10] (Requisito de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)), se utiliza la palabra «requisito» al igual que en el título del proyecto de conclusión 4 [5] (Requisito de la práctica), que es la disposición correspondiente relativa al otro elemento constitutivo, «una práctica general». La finalidad del párrafo 1 es definir la «aceptación como derecho (*opinio iuris*)», a menudo conocida como el «elemento subjetivo» del derecho internacional consuetudinario. Según el enfoque basado en dos elementos, no es suficiente determinar la existencia de una práctica general; también es necesario verificar que la práctica está acompañada o motivada por la convicción de que está establecida o permitida en virtud del derecho internacional consuetudinario. En la práctica internacional y en la doctrina se ha utilizado una amplia gama de expresiones para referirse al elemento subjetivo y a su relación con la práctica general. Tras examinar diversas sugerencias de formulación, el Comité de Redacción ha llegado a la conclusión de que decir en el párrafo 1 que la práctica debe «observarse con» el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho permite comprender la estrecha relación entre los dos elementos mejor que la expresión «ir acompañada de» de la propuesta anterior. Además, debe entenderse que la nueva formulación indica que, para ser pertinente a los efectos de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, la práctica en cuestión no tiene que estar motivada únicamente por consideraciones jurídicas. Después de examinar un gran número de definiciones en la jurisprudencia y la doctrina, el Comité de Redacción también ha llegado a la conclusión de que la expresión «el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho» es la que mejor refleja el elemento subjetivo que subyace al comportamiento pertinente. Tras el debate en sesión plenaria, el Relator Especial ha modificado su propuesta inicial para aclarar que la práctica pertinente puede basarse en el convencimiento de la existencia no solo de una obligación jurídica, sino también de un derecho. Esa propuesta ha sido aprobada por el Comité de Redacción.

12. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 9 [10] tiene por objeto indicar que es la asociación con la aceptación como derecho (*opinio iuris*) o su motivación la que hace que la práctica sea pertinente para la formación o expresión de normas consuetudinarias. La utilización del adjetivo «simple» para calificar al «uso» o el «hábito» quiere poner de relieve que una práctica, incluso ampliamente observada y reiterada, no puede crear una norma de derecho internacional consuetudinario ni demostrar su existencia si no es aceptada como derecho (*opinio iuris*).

13. El proyecto de conclusión 10 [11] (Formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*)) tiene por objeto ayudar a los encargados de determinar la existencia de una norma específica de derecho internacional consuetudinario indicando diversas formas de prueba de la aceptación como derecho. Se ha mejorado la estructura propuesta inicialmente por el Relator Especial y, como ya se ha mencionado, la cuestión que antes se abordaba en el proyecto de conclusión 10 [11], párrafo 4, se trata ahora en el proyecto de conclusión 3 [4].

14. En el proyecto de conclusión 10 [11], párrafo 1, se reconoce la diversidad de formas en que se puede manifestar la aceptación como derecho y la amplia gama de medios que pueden servir de prueba para determinar su existencia. Hay que tomar en consideración la disposición general relativa a la valoración de la prueba respecto de los dos elementos prevista en el proyecto de conclusión 3 [4] y, en particular, la frase que indica que deben tenerse en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias concretas propias de cada prueba.

15. El proyecto de conclusión 10 [11], párrafo 2, consiste en una lista no exhaustiva de «formas de prueba» habituales de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) y tiene una estructura análoga a la del proyecto de conclusión 6 [7], párrafo 2, relativo a la práctica. El orden en que se enumeran las diversas formas de prueba no obedece a ningún motivo especial, aunque el primer ejemplo, «las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados», podría de hecho constituir la prueba más clara de la *opinio iuris*. Esas declaraciones incluyen todos los tipos de declaraciones hechas públicamente por Estados o funcionarios del Estado en foros nacionales o internacionales, como las declaraciones oficiales de un funcionario gubernamental, las declaraciones oficiales formuladas ante cámaras legislativas o tribunales o las protestas oficiales manifestadas públicamente. Las publicaciones oficiales mencionadas en la lista incluyen los diferentes tipos de publicaciones de órganos del Estado, como los manuales militares. Los dictámenes jurídicos gubernamentales incluyen, por ejemplo, los dictámenes de los asesores jurídicos encargados de asesorar al gobierno sobre cuestiones de derecho

internacional, que pueden contener información pertinente sobre la existencia de una norma consuetudinaria; no obstante, para los miembros del Comité de Redacción resulta evidente que esos dictámenes no pueden considerarse pertinentes cuando un gobierno no se ha mostrado de acuerdo con ellos. La correspondencia diplomática, como las notas intercambiadas entre gobiernos, puede expresar o implicar una opinión sobre la existencia o no de una norma jurídica, mientras que los tribunales nacionales pueden aplicar una determinada norma de forma que demuestre que se acepta como obligatoria con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Las disposiciones de los tratados a veces también pueden indicar una opinión con respecto a la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario, y el ejemplo más claro es la disposición que establece expresamente que una disposición específica es declaratoria de derecho internacional consuetudinario. Por último, el comportamiento relativo a las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede poner de manifiesto la posición de los Estados con respecto a la existencia y el contenido de una norma consuetudinaria.

16. Los miembros que han intervenido en el debate en sesión plenaria han convenido en que la inacción puede constituir prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*) y han sugerido que en el proyecto de conclusión 10 [11], párrafo 3, tiene que reflejarse la esencia de las condiciones en que así ocurre, enunciadas en el informe. El párrafo 3, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, pretende plasmar esas condiciones sin ser excesivamente restrictivo.

17. La primera condición es temporal y viene transmitida por la expresión «a lo largo del tiempo», que significa que, para ser considerada *opinio iuris*, la falta de reacción debe durar un tiempo suficiente, que se valorará a la luz de las circunstancias particulares. En segundo lugar, el Estado debe estar «en condiciones de reaccionar». Esa formulación implica la necesidad de conocer la práctica en cuestión, pero es lo suficientemente amplia como para abarcar otras situaciones que pueden impedir a un Estado reaccionar, como cuando es objeto de presiones políticas. En tercer lugar, las circunstancias tienen que requerir una reacción; no se puede esperar que los Estados reaccionen a cada ejemplo de la práctica de otros Estados. No obstante, en las circunstancias indicadas en el proyecto de conclusión 10 [11], párrafo 3, la falta de reacción indica que un Estado considera que la práctica en cuestión se ajusta al derecho internacional consuetudinario.

18. Se ha modificado el título de la quinta parte (Alcance de ciertos medios para la identificación del derecho internacional consuetudinario) porque se considera que el título inicial, «Formas particulares de práctica y prueba», podría confundir al usuario. En los proyectos de conclusión de la quinta parte se destacan ciertos medios por su importante función práctica.

19. El proyecto de conclusión 11 [12] (Tratados) demuestra la pertinencia de los tratados para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. El párrafo 1 establece las diversas formas en que puede encontrarse en un tratado una posible prueba de la existencia de una norma de derecho consuetudinario. En el encabezamiento, la expresión «puede reflejar» establece claramente que los tratados no pueden por sí mismos crear una norma de derecho internacional consuetudinario ni demostrar su existencia de manera concluyente, aunque pueden aportar valiosas pruebas de su existencia y contenido. La expresión «llegar a reflejar» que figura en el texto propuesto por el Relator Especial en su tercer informe se ha suprimido para centrar el proyecto de conclusión en el valor probatorio de los tratados para determinar la existencia y el contenido de normas consuetudinarias, en lugar de en su posible desarrollo. Dado que el Comité de Redacción considera que es posible que una norma no esté necesariamente contenida en una sola disposición de un tratado, sino que se infiera de varias disposiciones leídas conjuntamente, estima más apropiado referirse a una «norma enunciada en un tratado» que a una «disposición de un tratado».

20. Los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 1 enumeran las formas en que puede encontrarse en un tratado prueba de una norma de derecho internacional consuetudinario. El apartado *a* se refiere al supuesto en que un tratado codifica una norma preexistente de derecho internacional consuetudinario. El apartado *b* aborda el caso en que la celebración del tratado «cristaliza» una norma consuetudinaria que ha comenzado a emerger. El apartado *c* se refiere a la situación en que ninguna norma consuetudinaria ha comenzado a emerger cuando se concluye el tratado, pero este ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho.

21. El Relator Especial ha propuesto la nueva versión del párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 [12] después del debate en sesión plenaria porque el Comité de Redacción ha considerado que sería útil incluir la orientación que contiene en el texto de los proyectos de conclusión, en lugar de únicamente en el comentario. El párrafo 2 debe entenderse como una advertencia de que la mera presencia de una norma similar en varios tratados de carácter multilateral o bilateral no indica necesariamente la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario; también es fundamental determinar la existencia de una práctica general aceptada como derecho. Como ha explicado el Relator Especial, esa práctica convencional también puede demostrar la inexistencia de una norma consuetudinaria.

22. El Comité de Redacción ha incluido el adjetivo «intergubernamentales» en el título del proyecto de conclusión 12 [13] (Resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales) porque el propósito del proyecto de conclusión es abordar la función potencial de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias en las que participan Estados en la identificación de normas consuetudinarias. La estructura del proyecto de conclusión se ha revisado para tener en cuenta las sugerencias formuladas durante el debate en sesión plenaria. La idea de que una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario se expresa, de una forma un tanto diferente, en el proyecto de conclusión propuesto inicialmente por el Relator Especial. El Comité de Redacción ha estimado

que, en vista de su importancia para el tema que se examina, es preciso dedicar todo un párrafo a esa noción al principio del proyecto de conclusión. Se ha considerado que el verbo «crear» es más claro que «constituir».

23. Aunque esas resoluciones no pueden crear derecho internacional consuetudinario, pueden contribuir de manera importante a su formación e identificación. El párrafo 2 tiene por objeto reseñar los posibles efectos de esas resoluciones y destacar su valor probatorio. De hecho, la Corte Internacional de Justicia suele remitirse a ellas al determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, ya que pueden codificar una norma o declarar que existe. También pueden catalizar la práctica de los Estados y la *opinio iuris* y contribuir así al desarrollo del derecho internacional consuetudinario.

24. En el párrafo 3, la expresión «puede reflejar» es esencial, porque el enfoque básico de la identificación del derecho internacional consuetudinario se aplica a las resoluciones de organizaciones internacionales o conferencias intergubernamentales del mismo modo que a los tratados y a otras muchas pruebas escritas. Si bien la finalidad de esas resoluciones puede ser reflejar una norma consuetudinaria y plasmar su contenido por escrito, sigue siendo necesario determinar la existencia de los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario. El párrafo 3, cuyo texto es similar al del proyecto de conclusión 11 [12], tiene por objeto aclarar ese aspecto.

25. El Comité de Redacción ha vuelto a examinar la estructura y el contenido del proyecto de conclusión 13 [14] (Decisiones de tribunales judiciales y arbitrales) teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria. En particular, ha decidido que la jurisprudencia y la doctrina deben abordarse en proyectos de conclusión distintos. El proyecto de conclusión 13 [14] se ocupa únicamente de la función de las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales como forma subsidiaria de determinación de normas de derecho internacional consuetudinario. Para que se comprenda ampliamente el tipo de decisiones a que se refiere el proyecto de conclusión, el Comité de Redacción ha empleado la expresión «decisiones de tribunales judiciales y arbitrales» en lugar de «jurisprudencia», dado que con este último término se puede interpretar de manera restrictiva que solo quedan abarcadas las decisiones de entidades integradas por jueces. Durante el debate en sesión plenaria varios miembros recomendaron que, al identificar normas de derecho internacional consuetudinario, no se diera a las decisiones de los tribunales nacionales el mismo valor que a las de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales. Por esa razón, el Comité de Redacción ha decidido ocuparse de las decisiones de los tribunales internacionales y nacionales en dos párrafos separados.

26. Tras un prolongado debate, el Comité de Redacción ha decidido conservar la expresión «forma subsidiaria» en el párrafo 1 para indicar que, en ese contexto, la referencia a las decisiones de tribunales judiciales y arbitrales internacionales se ha tomado del Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No se pretende minimizar la importancia práctica de esas decisiones, sino ponerlas en contexto respecto de las otras fuentes del derecho mencionadas en ese artículo. Por consiguiente, el término «subsidiarias» debe interpretarse por oposición a las fuentes primarias. Su sentido se aclarará en los comentarios.

27. A fin de proporcionar orientación adicional a los usuarios, el comentario al párrafo 1 aclarará que la referencia a la Corte Internacional de Justicia no trata de prescribir una jerarquía institucional e indicará qué tipo de tribunales judiciales y arbitrales internacionales son pertinentes en ese contexto. El comentario también explicará que las decisiones en cuestión incluyen las decisiones interlocutorias, los laudos arbitrales y los dictámenes. El Comité ha sustituido «identificación» por «determinación» en aras de la coherencia terminológica.

28. Los párrafos 1 y 2 se han redactado de forma diferente para destacar el hecho de que las decisiones de los tribunales nacionales no desempeñaban la misma función en la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario que las de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales. En el comentario se explicará que con la frase «podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de tribunales nacionales» se pretende advertir a los usuarios de que el valor de una decisión concreta a ese respecto dependerá de diversos factores, entre ellos la calidad del razonamiento jurídico y la fundamentación de la decisión en derecho internacional. El término «subsidiarias» se ha mantenido en ese párrafo por las mismas razones que en el párrafo 1. No obstante, es importante reconocer la doble función que desempeñan las decisiones de los tribunales nacionales con respecto al derecho internacional consuetudinario: esas decisiones pueden ser una forma de práctica de los Estados y/o prueba de *opinio iuris*, así como una forma subsidiaria para la determinación de normas consuetudinarias. Esas cuestiones se explicarán mejor en el comentario.

29. Como se ha decidido abordar la jurisprudencia y la doctrina por separado, el proyecto de conclusión 14 versa sobre esta última. Se titula «Doctrina» a fin de ajustarse al Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo texto retoma en gran parte.

30. El Comité de Redacción ha interpretado que la palabra «doctrina» tiene amplio alcance y puede incluir doctrina no escrita, por ejemplo material audiovisual. Ha decidido que, si bien el término «publicistas» es un tanto anticuado, se comprende bien y parece adecuado en ese contexto, ya que reproduce la formulación del Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto. En el comentario se indicará el alcance del término en su connotación actual. La expresión «de mayor competencia» indica que solo la doctrina de cierta calidad puede servir de forma subsidiaria de identificación del derecho internacional consuetudinario. En el comentario se aclarará que la expresión «de las distintas naciones» debe entenderse en el sentido de que abarca no solo la doctrina de los diferentes países, sino también de las diferentes regiones y ordenamientos jurídicos. El Comité ha sustituido «identificación» por «determinación», una vez más en aras de la coherencia terminológica. El Comité de Redacción ha estudiado la sugerencia formulada durante el debate en sesión plenaria de que el Relator Especial elabore un proyecto de conclusión específico sobre la pertinencia de la labor de los

órganos de expertos, como la Comisión de Derecho Internacional, que se dedican a la codificación del derecho internacional. El Relator Especial se ha comprometido a ocuparse de esa cuestión en su próximo informe con miras a incluir una explicación en el comentario.

31. En cuanto a la sexta parte (Objetor persistente), el orador dice que el Comité de Redacción ha considerado que sería un tanto artificial combinar los proyectos de conclusión sobre los objetores persistentes y el derecho internacional consuetudinario particular en una única parte relativa a las excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario, como propuso inicialmente el Relator Especial. Por ello, ha decidido incluir los dos proyectos de conclusión en distintas partes, invertir el orden en que aparecen y colocar primero el proyecto de conclusión sobre el objetor persistente, ya que la norma del objetor persistente puede ser pertinente para el derecho internacional consuetudinario particular. La mayoría de los miembros de la Comisión se han mostrado partidarios de un proyecto de conclusión sobre la norma del objetor persistente porque, en la práctica, se suele recurrir a esa norma cuando se quiere determinar la existencia de una norma consuetudinaria. No obstante, dado el carácter excepcional de esa norma, el Comité de Redacción ha reconocido la necesidad de reflejar los estrictos requisitos que se deben cumplir para que un Estado pueda considerarse objetor persistente e incluir ejemplos en el comentario.

32. El proyecto de conclusión 15 [16] (Objetor persistente) consta de dos párrafos. El texto del párrafo 1 ha generado un amplio debate para reflejar los aspectos de temporalidad, emergencia y continuidad que son inherentes a la norma del objetor persistente. Las deliberaciones se han centrado en la forma en que debe entenderse la expresión «objetado persistentemente» que figuraba en el texto inicial del Relator Especial y en si el adjetivo «nueva» que califica a la «norma de derecho internacional consuetudinario» en ese párrafo es mejor que «emergente» y «aún emergente». Se ha suprimido el adverbio «persistentemente» del párrafo 1 porque el requisito que implica está previsto en el párrafo 2.

33. En la propuesta inicial del Relator Especial también se establecía que el Estado objetor «no está obligado» por la norma a la que objeta siempre que mantenga esa objeción. Tras un largo intercambio de opiniones sobre la manera de reflejar la relación entre una norma consuetudinaria y un objetor persistente, el Comité de Redacción ha acordado utilizar el término «oponible», entendido en su dimensión tanto procedimental como sustantiva.

34. En su versión actual, el párrafo 1 trata de reflejar un proceso por el que se registra una objeción a una norma o su aplicación mientras la norma se encuentra en proceso de formación —y, por tanto, antes de que haya cristalizado en una norma de derecho— y se mantiene dicha objeción posteriormente. Así pues, se trata de un proceso de dos etapas caracterizado por un elemento temporal: el Estado debe haber objetado a la norma «mientras esta se encontraba en proceso de formación» y, una vez que se ha formado la norma, el Estado no está obligado por ella «siempre que mantenga su objeción». La carga de la prueba recae en el Estado objetor cuando afirma su derecho a acogerse a la norma del objetor persistente; una vez que aporta esa prueba, la norma no le es oponible.

35. El párrafo 2, que es nuevo, establece tres requisitos estrictos, que el Relator Especial describe en su tercer informe, para que una objeción persistente sea efectiva. En el comentario se explicará qué implica cada uno de los tres requisitos. El primero, que la objeción sea «expresada claramente», significa que la posición jurídica del Estado objetor debe quedar en claro, ya sea oralmente o por escrito. El segundo, que la objeción sea «comunicada a otros Estados», pretende proporcionar cierta flexibilidad sobre la forma en que la posición del Estado objetor se notifica a los otros Estados interesados. El tercero, que la objeción sea «mantenida persistentemente», significa que, para que no se considere que ha dado su aquiescencia a la norma, el Estado debe mantener su objeción de manera persistente y sistemática. El adverbio «persistentemente» se refiere a todas las fases temporales de la formación y existencia de la norma. No obstante, se ha señalado que puede ser poco realista exigir una sistematicidad absoluta.

36. El Comité de Redacción también ha estudiado brevemente la posibilidad de incluir un nuevo párrafo para reflejar la no aplicabilidad de la condición de objetor persistente a una norma de *ius cogens*. Esa cuestión también se planteó en el pleno de la Comisión. Cabe recordar que la Comisión decidió que no abordaría el *ius cogens* en el marco del presente tema y que sería mejor tratar dicha cuestión en el contexto del tema separado «*Ius cogens*», que se ha incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

37. La séptima parte (Derecho internacional consuetudinario particular) contiene únicamente el proyecto de conclusión 16 [15], que lleva el mismo título. Hubo en el debate en sesión plenaria consenso general entre los miembros para incluir un proyecto de conclusión sobre el tema, si bien algunos miembros expresaron preocupación porque ello podía alentar una fragmentación del derecho internacional. Se ha cambiado su título inicial, «La costumbre particular», para aclarar que el proyecto de conclusión se refiere al derecho internacional consuetudinario particular y no al mero uso o costumbre entre determinados Estados. La formación del derecho internacional consuetudinario particular, al igual que la del derecho internacional consuetudinario general, requiere la existencia de una práctica general unida a la aceptación de esa práctica como derecho (*opinio iuris*).

38. Hace tiempo que se reconoce que hay normas de derecho internacional consuetudinario que solo son vinculantes para ciertos Estados, normas que se han descrito de diversas maneras en la jurisprudencia y la doctrina como «particulares», «locales», o «especiales» y que, por lo general, han surgido en forma de costumbre regional o bilateral. En el texto en inglés se ha preferido la palabra «*particular*» a «*special*» porque contrasta mejor con el término «*general*».

39. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 16 [15] tiene dos componentes. El primero indica que una norma de derecho internacional consuetudinario particular puede ser regional, local o de otra índole. En el comentario se describirán casos en que esa costumbre se manifiesta a

nivel regional, local o en otras situaciones que pueden estar basadas en una comunidad de intereses. El segundo componente se refiere a la aplicabilidad de las normas de derecho internacional consuetudinario particular, siendo la consideración fundamental que las normas en cuestión solo se apliquen a un número limitado de Estados. La alusión a un «número limitado de Estados» debe situarse en el contexto del párrafo 2, que se refiere a «los Estados interesados». En el párrafo 1, el Comité de Redacción ha decidido utilizar el término «aplica» en lugar de decir que una norma de derecho internacional consuetudinario particular puede ser invocada por un Estado o contra él o es vinculante para un Estado. Se considera que estas dos últimas formulaciones invitan a preguntar por los posibles efectos y plantean más interrogantes que respuestas. En cambio, la ventaja de la palabra «aplica» es su sencillez: tiene un significado fáctico a primera vista y es fácilmente comprensible para el usuario.

40. El párrafo 2 se refiere a los aspectos sustantivos de la forma de determinar la existencia y el contenido del derecho internacional consuetudinario particular. Aunque algunos miembros se preguntan si el adjetivo «general» (en relación con el elemento constitutivo de la práctica) es necesario en el contexto de la costumbre particular, se considera que el enfoque basado en dos elementos descrito en el proyecto de conclusión 2 también se aplica en ese contexto. Debe haber una práctica general entre los Estados interesados que sea aceptada por ellos como derecho. La única diferencia es que la práctica general en cuestión es la existente entre el número limitado de Estados interesados, ya que la palabra «general» se refiere a la sistematicidad de esa práctica.

41. En el comentario se tratarán de reflejar los diversos matices de la expresión «aceptada como derecho por ellos (*opinio iuris*)» que figura en el párrafo 2, ya exista ese derecho en un contexto regional, local o de otra índole. El Comité de Redacción ha decidido no incluir un tercer párrafo propuesto por el Relator Especial en que se habría afirmado que los anteriores proyectos de conclusión se aplican *mutatis mutandis* a la identificación del derecho internacional consuetudinario particular. En cambio, la forma en que los otros proyectos de conclusión se aplican al derecho internacional consuetudinario particular se explicará en el comentario.

42. Por razones de conveniencia, el texto de los 16 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción se ha incluido en el documento A/CN.4/L.869. En este momento no se pide a la Comisión que apruebe los proyectos de conclusión, que se presentan únicamente con fines de información. El Relator Especial comenzará a preparar los comentarios a los proyectos de conclusión, así como su cuarto informe, que se ocupará de todas las demás cuestiones pendientes sobre el tema. El Comité de Redacción recomienda a la Comisión que apruebe provisionalmente los proyectos de conclusión a comienzos de su 68º período de sesiones. El Relator Especial presentará entonces a la Comisión los proyectos de comentario correspondientes para su examen en un momento ulterior de ese período de sesiones. Ello permitirá a la Comisión aprobar en primera lectura todo el conjunto de proyectos de conclusión y de comentario antes de que concluya su 68º período de sesiones.

43. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que, de conformidad con su proyecto de programa de trabajo futuro, tiene la intención de elaborar un borrador preliminar oficioso de los comentarios y presentarlo a los miembros de la Comisión para que formulen observaciones y sugerencias antes de que comience el 68º período de sesiones. Si el tiempo lo permite, el Comité de Redacción podrá examinar los proyectos de comentario a comienzos del período de sesiones, lo que será de gran ayuda al Relator Especial para presentarlos oficialmente a la Comisión con tiempo suficiente para su examen.

44. El Sr. HASSOUNA, en referencia al proyecto de conclusión 15 [16], pregunta si, en el comentario correspondiente, se abordará la cuestión de la objeción persistente a una norma de *ius cogens*, que es tan importante como controvertida.

45. El Sr. KITTICHAISAREE pregunta si, tras la aprobación provisional de los proyectos de conclusión en primera lectura al final de su 68º período de sesiones, la Comisión dejará pasar un año para que los Estados tengan tiempo de reflexionar sobre los proyectos de conclusión antes de que la Comisión los apruebe en segunda lectura.

46. El Sr. McRAE dice que desearía que se confirmara su entendimiento de que, en la versión en inglés del proyecto de conclusión 15 [16], párrafo 1, el Comité de Redacción ha decidido sustituir las palabras «*so long as*» por «*as long as*».

47. El Sr. CAFLISCH pregunta cuándo tendrán los miembros de la Comisión oportunidad de formular observaciones sobre el conjunto de proyectos de conclusión.

48. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción), en respuesta a la pregunta del Sr. McRae, dice que en la última versión en inglés del proyecto de conclusión 15 [16], párrafo 1, aprobada provisionalmente por el Comité de Redacción se ha incluido la expresión «*so long as*». Dicho esto, la elección de esa expresión puede dejarse en manos de los miembros anglófonos de la Comisión, ya que se trata de una cuestión puramente formal.

49. En respuesta a la pregunta del Sr. Kittichaisaree, el orador señala que dar a los Estados un año para que reflexionen sobre los proyectos de conclusión les dará la oportunidad, no solo de formular observaciones orales al respecto en la Sexta Comisión, sino también de presentar observaciones por escrito a la Comisión.

50. Sir Michael WOOD (Relator Especial), en respuesta a la pregunta del Sr. Hassouna, dice que, en efecto, la cuestión de la objeción persistente a una norma de *ius cogens* es importante y que en el comentario se indicará que se ha planteado y se examinará en relación con el futuro tema del *ius cogens*. En respuesta a la pregunta del Sr. Kittichaisaree, sugiere que la Comisión apruebe los proyectos de conclusión en primera lectura en su 68º período de sesiones, deje pasar un año para que los Estados tengan tiempo de examinarlos y presentar sus observaciones por escrito si así lo desean, y apruebe posteriormente los proyectos de conclusión en segunda lectura en su 70º período de sesiones. Este planteamiento sería muy conveniente para el tema. En respuesta a la

pregunta del Sr. Caflisch, el orador cree que los miembros de la Comisión podrían formular observaciones sobre los proyectos de conclusión al comienzo del 68º período de sesiones, cuando la Comisión los vuelva a examinar con miras a su aprobación provisional, de manera que los comentarios correspondientes puedan presentarse oficialmente y examinarse posteriormente.

51. El PRESIDENTE confirma que la aprobación de los proyectos de conclusión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario se aplaza hasta el 68º período de sesiones de la Comisión, momento en que los miembros tendrán la oportunidad de formular observaciones al respecto.

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

[Tema 1 del programa]

52. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción para el tema de la aplicación provisional de los tratados está integrado por la Sra. Escobar Hernández, el Sr. Kamto, el Sr. Kolodkin, el Sr. McRae, el Sr. Murphy, el Sr. Nolte, el Sr. Park, el Sr. Petrič, el Sr. Tladi y Sir Michael Wood, así como el Sr. Gómez Robledo (Relator Especial) y el Sr. Vázquez-Bermúdez (*ex officio*).

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

3281ª SESIÓN

Jueves 30 de julio 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, 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. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. F, A/CN.4/685, A/CN.4/L.870)

[Tema 8 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) presenta el quinto informe del Comité de Redacción en el marco del 67º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, relativo a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (A/CN.4/L.870). El Comité de Redacción dedicó cinco sesiones al examen de los proyectos de principio sobre el tema, celebradas los días 14, 15, 16, 20 y 21 de julio. Tuvo ante sí los proyectos de principio contenidos en el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/685), así como las reformulaciones presentadas por ella en respuesta a las sugerencias y preocupaciones planteadas durante el debate en sesión plenaria. El orador desea felicitar a la Relatora Especial, cuyo dominio del tema, orientación y cooperación han facilitado enormemente la labor del Comité de Redacción, y dar las gracias a los miembros del Comité de Redacción por su participación activa y su gran contribución al trabajo realizado y a la Secretaría por su valiosa asistencia. El orador también desea agradecer al Sr. McRae que presidiera el Comité el 15 de julio. A título informativo, indica que la declaración a la que va a dar lectura se publicará en el sitio web de la Comisión, en francés y en inglés. En ese sentido, cabe felicitarse de que el Comité de Redacción haya trabajado en ambos idiomas.

2. En su 3269ª sesión, celebrada el 14 de julio de 2015, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los cinco proyectos de principio propuestos por la Relatora Especial en su segundo informe, en el entendimiento de que la disposición del preámbulo sobre los términos empleados se le transmitiría para facilitar el debate, pero quedaría pendiente.

3. El Comité de Redacción ha examinado las disposiciones pertinentes de los proyectos de principio sobre la base de los textos preparados por la Relatora Especial a la luz del debate celebrado en sesión plenaria. El proyecto de texto aprobado provisionalmente por el Comité en inglés y francés, que figura en el documento A/CN.4/L.870, consta de una introducción con disposiciones sobre el alcance y el propósito del proyecto de principios, así como de seis proyectos de principio. En cuanto a la «Introducción», anteriormente titulada «Preámbulo», el orador señala que, a su debido momento, se elaborará un preámbulo, redactado siguiendo la práctica habitual, para acompañar al proyecto de principios. Dado que las dos disposiciones relativas al alcance y el propósito, que figuraban antes en el preámbulo, no son principios como tales, la Comisión decidió, sobre la base de una propuesta formulada por la Relatora Especial, incluirlas en una sección introductoria. La disposición referente al «Alcance», que se ha simplificado con respecto a la propuesta inicial («Alcance de los principios»), de conformidad con la práctica más reciente de la Comisión, dispone que «[l]os presentes proyectos de principio se aplican a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado y durante el mismo». Puesto que el tema aborda la protección del medio ambiente en esas tres fases temporales, se consideró importante indicar desde un principio que el alcance del proyecto incluye esas tres fases. El propósito de la conjunción disyuntiva «o» es subrayar que no todos los proyectos de principio se aplicarán a cada fase. El Comité de Redacción ha tenido plenamente en cuenta la existencia de una relación estrecha, a los efectos de la protección del medio ambiente, entre las tres etapas mencionadas. Ha decidido formular los proyectos de principio, como propuso la Relatora

[*] Reanudación de los trabajos de la 3269ª sesión.

Especial, en el entendimiento de que la forma final del proyecto se examinará en una etapa posterior. Dada la intersección existente entre, en particular, el derecho medioambiental y el derecho de los conflictos armados, que es inherente al tema, los principios se formulan en el plano normativo de una manera generalmente abstracta.

4. La segunda disposición de la introducción, relativa a la finalidad del proyecto de principios y titulada «Propósito», tiene por objeto aumentar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas, mediante la adopción de medidas preventivas destinadas a reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante el conflicto armado y medidas de reparación. El carácter intencional de esa disposición se desprende del empleo del verbo «aumentar», que en este caso no se considera que conlleve un esfuerzo por desarrollar progresivamente el derecho. Por consiguiente, ese término no constituye en modo alguno un posicionamiento sobre la función reglamentaria de la Comisión; se optó por él tras de un debate en profundidad sobre la manera de formular esa disposición. En general, se consideró que la disposición debía indicar el propósito perseguido, que se detallaría en los proyectos de principio subsiguientes. La referencia a «entre otras cosas, mediante la adopción de medidas preventivas destinadas a reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante el conflicto armado y medidas de reparación» tiene por objeto indicar las categorías generales de medidas requeridas para ofrecer la protección necesaria. La propuesta de precisar el texto con expresiones como «según proceda» no se juzgó oportuna en la etapa actual, en particular tratándose de una disposición dedicada al propósito del proyecto.

5. Al igual que la anterior, esta disposición abarca las tres fases temporales. En ese sentido, la expresión «medidas preventivas destinadas a reducir al mínimo los daños» se refiere principalmente al período previo al conflicto armado y durante este. Por su parte, la referencia a «medidas de reparación» alude fundamentalmente a la etapa posterior al conflicto. No obstante, el Comité de Redacción ha reconocido que existe una estrecha relación entre esas tres fases y que, por consiguiente, se podrían requerir medidas de reparación durante una ocupación. En la versión en inglés, se ha preferido la expresión «*remedial measures*» a «*restorative measures*», pues se ha considerado más clara y de más amplio alcance, es decir, que abarca cualquier medida de reparación que pueda adoptarse para restablecer el medio ambiente. Ello incluye las pérdidas o daños que deterioran el medio ambiente, los costos de medidas razonables de restablecimiento y los costos razonables de limpieza vinculados a los costos de medidas razonables de respuesta. Asimismo, el Comité de Redacción ha decidido suprimir el elemento temporal que denotaba la expresión «adoptadas después del cese de las hostilidades activas», en el entendimiento de que en el comentario se reflejará la idea de que las medidas de reparación también se podrán adoptar antes del cese del conflicto.

6. En cuanto a los proyectos de principio propiamente dichos, es importante señalar, en primer lugar, que el Comité de Redacción los ha estructurado teniendo en cuenta las tres etapas comprendidas en el tema, lo que ha hecho necesario establecer varias partes. Los proyectos de principio aprobados provisionalmente hasta la fecha se refieren por el momento a dos de ellas. La primera parte, titulada «Medidas preventivas», contiene un solo proyecto de principio, mientras que la segunda parte, titulada «Proyectos de principio aplicables durante el conflicto armado», consta de cinco proyectos de principio. Además, con respecto a la numeración de los proyectos de principio, cabe señalar que los números romanos indican la fase a la que se asocia principalmente el proyecto de principio. Los proyectos de texto se han preparado partiendo de la base de que, por de pronto, se aplicarán a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. En cuanto al proyecto de principio I-(x) («Designación de zonas protegidas»), hay que indicar que queda por asignarle un número apropiado; de hecho, la Relatora Especial tiene la intención de proponer en el futuro nuevos proyectos de principio que figurarán en la primera parte. Esta, relativa a las «medidas preventivas», atañe sobre todo a la etapa previa al conflicto, es decir, cuando reina la paz. Se prevé que un Estado pueda adoptar ya entonces las medidas necesarias para proteger el medio ambiente en general y también en particular, como parte de las medidas preventivas en caso de que se produjera un conflicto armado. Asimismo, se ha admitido que algunos proyectos de principio pueden traspasar y abarcar las diversas fases temporales establecidas. Como se recordará, la Relatora Especial propuso inicialmente ese proyecto de principio como proyecto de principio 5. A continuación, se presentó al Comité de Redacción en forma de dos proyectos de principio, formulados teniendo en cuenta las observaciones hechas en sesión plenaria. Entonces, se formularon propuestas para ampliar el ámbito de aplicación temporal del proyecto de principio 5, a fin de que abarcara las diferentes fases y de abordar las implicaciones jurídicas de tales zonas para las demás partes en el conflicto, incluida la obligación de no atacarlas. La nueva disposición prevé que los Estados, mediante acuerdo o de otro modo, deben designar las zonas de gran importancia medioambiental y cultural como zonas protegidas. Figura en la primera parte porque se refiere principalmente a la fase anterior al conflicto, lo que no excluye las situaciones en que esas zonas podrían ser designadas durante un conflicto armado o en la fase posterior al conflicto. El Comité de Redacción ha preferido hablar de «zonas protegidas» en lugar de «desmilitarizadas», ya que ese adjetivo puede tener varios significados. Las zonas pueden ser designadas «mediante acuerdo o de otro modo», una expresión que tiene por objeto introducir cierta flexibilidad. Así pues, puede tratarse de un acuerdo concertado verbalmente o por escrito, así como de declaraciones recíprocas y concordantes. También puede consistir en la declaración de una zona protegida unilateralmente por un Estado o por una organización internacional. La zona designada debe ser «de gran importancia medioambiental y cultural». El Comité de Redacción ha tenido en cuenta que la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de 1954, incluidos sus Protocolos adicionales, es el derecho que rige la protección de los bienes culturales, cuyas disposiciones se aplican tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados. El proyecto de principio no tiene por objeto duplicar ese régimen, sino proteger las zonas «de gran importancia medioambiental». Con respecto al término «cultural», su propósito es poner de relieve la existencia de una estrecha relación con el medio ambiente, como puede ser el caso de las

tierras ancestrales de los pueblos indígenas, cuya subsistencia y medios de vida dependen del medio ambiente. Si bien ese proyecto de principio se ocupa principalmente de la fase previa al conflicto, se acompaña de una disposición complementaria que figura en el proyecto de principio II-5. Como se ha señalado antes, la designación de una zona protegida puede producirse durante un conflicto armado o incluso en la etapa posterior al conflicto. En el comentario se indicará que la referencia a los «Estados» no excluye la posibilidad de que esa designación se efectúe mediante un acuerdo con agentes no estatales, en particular durante un conflicto armado.

7. En cuanto a la segunda parte, titulada «Proyectos de principio aplicables durante el conflicto armado», el orador dice que el término «natural» sigue figurando entre corchetes en el título del proyecto de principio II-1 («Protección general del medio ambiente [natural] durante un conflicto armado») porque el Comité de Redacción no ha decidido aún si debe emplear la expresión «medio ambiente» o «medio ambiente natural» en todo el texto, o si la segunda expresión solo debe utilizarse en los casos en que el principio se refiere al «medio ambiente natural» durante un conflicto armado, ya que esa es la terminología que se emplea en el derecho de los conflictos armados. El concepto de medio ambiente natural, que en el contexto actual debe entenderse en su sentido más amplio, abarca el entorno en que vive la población, de conformidad con el comentario del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, en virtud del cual no se trata solo de los bienes indispensables para la supervivencia, sino que también incluye los bosques y otros tipos de vegetación mencionados en la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, así como la fauna, la flora y otros elementos biológicos o climáticos[316].

8. El párrafo 1 del proyecto de principio II-1, que consta de tres párrafos, contiene la disposición general de que el medio ambiente [natural] será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados. El Comité de Redacción, basándose, entre otras cosas, en la manera en que está redactada la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que la Corte Internacional de Justicia establece que el medio ambiente debe ser respetado y protegido, ha decidido mantener la expresión «respetado y protegido», propuesta por la Relatora Especial. Además, cabe señalar que los conceptos de «respeto» y «protección» son de largo arraigo en el derecho de los conflictos armados, así como en el derecho ambiental y el derecho de los derechos humanos. El derecho internacional ambiental sigue siendo aplicable durante los conflictos armados, cuando el derecho de los conflictos armados es aplicable como *lex specialis*. También se entiende que, en la medida en que el respeto por el derecho de los conflictos armados es aplicable antes, durante y después de los conflictos armados, el párrafo 1 es pertinente en relación con las tres fases. El Comité de Redacción ha decidido emplear la expresión «derecho de los conflictos armados» en lugar de «derecho internacional humanitario», aunque cada vez más se consideran sinónimos, ya que el alcance del derecho de los conflictos armados es más amplio. Ello también permite garantizar la coherencia con los términos empleados en el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado por la Comisión en 2011[317], que está relacionado con el tema objeto de examen. El Comité de Redacción también ha decidido optar por la expresión «de conformidad con» en lugar de «compatible con», una fórmula más matizada.

9. El nuevo párrafo 2 se inspira en el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 y dispone que «[s]e velará por la protección del medio ambiente [natural] contra daños extensos, duraderos y graves». El debate de la Comisión se ha centrado en determinar si, a fin de lograr un párrafo más equilibrado, es necesario añadir una disposición sobre los medios y métodos de guerra, retomando la que figura en el artículo 35 del Protocolo I. Se ha indicado que el nuevo párrafo está incompleto, pues solo abarca la primera oración del párrafo 1 del artículo 55 e ignora la segunda, que dispone precisamente que esa protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que «hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población». Durante el debate celebrado en el Comité de Redacción, se señaló que ignorar la segunda oración del párrafo 1 del artículo 55 podía debilitar el texto propuesto. El Comité ha reconocido que el proyecto de principio II-1 es de carácter general y que, por consiguiente, debe leerse conjuntamente con el proyecto de principio II-2, relativo a la aplicación de los principios y las normas de derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural con miras a su protección. Se ha señalado que sería mejor tratar por separado, en un proyecto de principio o en un comentario, la cuestión más específica de los medios y métodos de guerra.

10. El párrafo 3 pretende dar al medio ambiente natural el mismo trato que a los bienes de carácter civil durante el conflicto armado. Habida cuenta de que la afirmación de que el medio ambiente natural tiene «carácter civil por naturaleza» —que figura en una propuesta hecha por la Relatora Especial en su segundo informe— suscitó comentarios en el debate en sesión plenaria, la Relatora Especial ha decidido no mantenerla para no introducir ambigüedades innecesarias. Por consiguiente, el Comité ha examinado una nueva propuesta que establece que ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que se convierta en objetivo militar. La expresión «se convierta» introduce un elemento temporal que tiene por objeto subrayar que el medio ambiente no es, en sí, un objetivo militar, aunque podría convertirse en uno en determinadas circunstancias. Tras el debate mantenido en el Comité de Redacción, la versión actual del

[316] Véase C. Pilloud *et al.*, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949: commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Ginebra, CICR, Martinus Nijhoff, 1986, pág. 680, párr. 2126.

[317] El texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión figuran en *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss., párrs. 100 y 101. Véase también la resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

párrafo 3 se basa en la norma 43 A, del estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario elaborado por el CICR[318]. Habida cuenta de la especificidad de esa formulación y del hecho de que está basada en la norma 43, se planteó la cuestión de si se deberían añadir al párrafo 3 otras disposiciones de esa norma. Se ha señalado que el proyecto de principios es de carácter general y que su propósito no es reformular las normas y los principios ya reconocidos por el derecho de los conflictos armados. Se entiende que el párrafo 3, al igual que el párrafo 2, debe leerse juntamente con el proyecto de principio II-2, que se refiere en concreto, entre otras cosas, a la aplicación del principio de distinción.

11. La estructura y la formulación del proyecto de principio II-2 («Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente») se ha modificado ligeramente para tener en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria y la aprobación del título de la segunda parte («Proyectos de principio aplicables durante el conflicto armado»), que indica la fase temporal en que se aplica el proyecto de principio. Así pues, la expresión «durante los conflictos armados» se ha suprimido, al igual que el adjetivo «fundamentales», que figuraba después de «los principios y normas» y se consideró superfluo y susceptible de prestarse a confusión. Asimismo, como en el caso del proyecto de principio II-1, se ha decidido referirse al «derecho de los conflictos armados» en lugar de al «derecho internacional humanitario». En cuanto a la expresión «de manera que se intensifique lo máximo posible», que figuraba en la propuesta inicial de la Relatora Especial y ha suscitado numerosos comentarios en sesión plenaria, se ha decidido suprimirla para evitar transmitir la impresión errónea de que el proyecto de principio pretende establecer una jerarquía entre la protección del medio ambiente y la protección de otros bienes civiles en el derecho de los conflictos armados.

12. En su versión aprobada, el proyecto de principio destaca dos elementos particulares. En primer lugar, como indica su título, se ocupa únicamente del derecho de los conflictos armados y tiene por objeto poner de relieve los principios y normas más pertinentes en ese contexto. Los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque se citan de manera explícita a modo de ejemplo y no deben considerarse una lista exhaustiva. En segundo lugar, en el proyecto de principio se especifica que esos principios y reglas se aplicarán al medio ambiente con miras a su protección, introduciendo así un objetivo en lugar de limitarse a confirmar su aplicación al medio ambiente. A fin de preservar el carácter general del proyecto de principio, se ha decidido no precisar el significado de esos principios y normas en la disposición, lo que podría haber dado lugar al desarrollo o la interpretación de las normas ya establecidas.

13. En cuanto al proyecto de principio II-3 («Consideraciones ambientales»), el Comité de Redacción ha debatido si debía incluirla como una disposición independiente, fusionarla con el proyecto de principio II-2 o suprimirla. Se consideró que el proyecto de principio aportaba precisión en lo que se refiere a la aplicación del principio de proporcionalidad y las normas de necesidad militar, que tienen una importancia operacional. Por consiguiente, el Comité de Redacción ha decidido mantener el proyecto de principio y reformularlo. Con arreglo a su formulación actual, el proyecto de principio II-3 dispone que se tendrán en cuenta las consideraciones ambientales al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar, una redacción que se inspira en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Habida cuenta de que el objetivo del proyecto de principio es abordar la conducta militar y no el proceso de determinación de qué constituye un objetivo militar como tal, el Comité de Redacción lo ha modificado para aclarar ese aspecto. La expresión «en pos de objetivos militares lícitos» se ha suprimido y el verbo «evaluar» se ha reemplazado por «aplicar». También en aras de la claridad y a fin de insistir en el vínculo existente entre los proyectos de principio II-2 y II-3, se ha decidido mencionar expresamente el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar.

14. El proyecto de principio II-4 («Prohibición de las represalias») reproduce el artículo 55, párrafo 2, del Protocolo I. Su examen en el Comité de Redacción ha puesto de manifiesto las mismas divisiones que en el debate en sesión plenaria. Algunos miembros han apoyado su inclusión por considerar que la prohibición de las represalias es totalmente apropiada, pues el tema que se examina se refiere a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Han vinculado ese proyecto de texto con el artículo 51 del Protocolo I, que es una de las disposiciones más importantes de dicho instrumento, ya que confirma la norma consuetudinaria de que los civiles inocentes deben quedar al margen de las hostilidades en la medida de lo posible y disfrutar de protección general contra los peligros derivados de las hostilidades. Para esos miembros, si el medio ambiente o una parte de él se convirtieran en objeto de represalias, ello equivaldría a un ataque contra la población civil o los bienes de carácter civil. El hecho de que la prohibición solo exista como obligación convencional y no como norma consuetudinaria es una cuestión de matiz y podría explicarse en el comentario. Algunos miembros han opinado que la prohibición forma parte del derecho internacional consuetudinario y, además, se ha considerado que cualquier otra formulación podría percibirse como una manera de debilitar una norma existente.

15. Otros miembros han señalado que el párrafo 2 del artículo 55 del Protocolo I, en el que se basa el proyecto de principio II-4, no representa sino una norma convencional que no es necesario reproducir en los proyectos de principio, que tienen vocación general en lo que se refiere a su aplicación. Se consideró importante señalar a ese respecto que la prohibición de las represalias contra el medio ambiente no se aceptaba con carácter general como una norma de derecho internacional consuetudinario, y los miembros han pedido que se refleje como tal en el proyecto de principio. También se han referido a las reservas y declaraciones formuladas en relación con el párrafo 2 del artículo 55 por los Estados y han insistido en que, tal

[318] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: *Rules*, Cambridge, CICR y Cambridge University Press, 2005, pág. 143 (en español: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas*, Buenos Aires, CICR y Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, pág. 159).

y como está formulado, el proyecto de principio parece aplicarse a los conflictos armados tanto nacionales como internacionales, pese a que ni el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo II contienen una prohibición específica de las represalias bélicas. Así pues, propusieron bien que se reformulara el proyecto de principio a fin de incluir las salvedades correspondientes, bien que se suprimiera por completo. Se propuso, por ejemplo, emplear términos menos rígidos para establecer que no se debe atacar el medio ambiente [natural]. También se han hecho varias propuestas con miras a limitar el proyecto de principio a las situaciones de conflicto armado internacional —por ejemplo, incluir un párrafo que limite la disposición a los conflictos armados internacionales y añadir otro párrafo, redactado en términos exhortatorios, para alentar a las partes en un conflicto no internacional a no recurrir a las represalias. No obstante, como no se ha llegado a ningún compromiso, el texto sigue siendo el propuesto por la Relatora Especial y dispone que quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente [natural] a modo de represalias. El alcance de las divisiones con respecto a ese texto se reflejará en el comentario, en el que se indicará, en particular, que algunos miembros se han opuesto a su inclusión. Se entiende que el texto tiene un significado especial para los Estados partes en el Protocolo I debido a las obligaciones dimanantes de ese instrumento; en el comentario también quedará constancia de las diversas reservas y declaraciones formuladas por algunos Estados partes. En ese contexto, la Relatora Especial ha señalado que ninguna de esas declaraciones o reservas se refiere explícitamente al párrafo 2 del artículo 55 ni al medio ambiente [natural]. En el comentario se indicará asimismo que algunos Estados no son parte en el Protocolo I.

16. El proyecto de principio II-5 («Zonas protegidas»), que es una disposición paralela al proyecto de principio que figura en la primera parte del proyecto, establece que «[u]na zona de gran importancia medioambiental y cultural designada zona protegida mediante acuerdo será protegida de cualquier ataque, siempre que no contenga un objetivo militar». A diferencia del proyecto de principio I-(x), solo se refiere a las zonas protegidas mediante acuerdo. La designación debe ser objeto de un acuerdo expreso, que puede concluirse tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado. Se entiende que la referencia a un «acuerdo» debe interpretarse en su sentido más amplio e incluir las declaraciones unilaterales recíprocas aceptadas por la otra parte, los tratados y otros tipos de acuerdo, así como los posibles acuerdos con actores no estatales. Esas zonas serán protegidas de cualquier ataque durante los conflictos armados. El propósito del término «contenga» del segmento de oración «siempre que no contenga un objetivo militar» es indicar que puede concernir a toda la zona o a partes de ella. Además, la protección otorgada a la zona cesa si una de las partes comete una vulneración sustancial del acuerdo por el que se establece la zona.

17. En conclusión, el orador dice que, en la etapa actual, la Comisión no tiene que adoptar una decisión sobre los proyectos de principio, ya que se han presentado únicamente a título informativo. El Comité de Redacción espera que la Comisión pueda aprobar provisionalmente esos proyectos de principio en 2016.

18. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente del Comité de Redacción por su exposición y cede la palabra a la Relatora Especial sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

19. La Sra. JACOBSSON (Relatora Especial) pide que el texto de los proyectos de disposiciones introductorias y de los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción figuren en una nota a pie de página del informe de la Comisión.

20. El Sr. NOLTE dice que ello representa un cambio en la práctica que no debería convertirse en la norma, ya que modifica la relación de larga data establecida entre la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Esta última debe examinar un producto final; presentar un resultado semiacabado equivaldría de alguna manera a celebrar un debate previo antes del debate. Además, al tomar nota de los textos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, la Comisión adquiere un compromiso mayor. Le conviene proteger sus deliberaciones y presentar solo el resultado consolidado de su labor.

21. Sir Michael WOOD dice que no se opone a esa nueva práctica, pero debe aplicarse de manera uniforme. Por ejemplo, la Comisión no ha tomado nota del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción.

22. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, apoyada por el Sr. SABOIA, dice que es importante que la labor de la Comisión sea transparente y que los Estados dispongan de la mayor cantidad de información posible para mantener un debate bien fundado. Deben saber qué hace el Comité de Redacción. No obstante, debe procederse de manera uniforme en relación con todos los temas, porque todos revisten la misma importancia.

23. El Sr. GÓMEZ ROBLEDO añade que, para un delegado presente en la Sexta Comisión, es más práctico tener un solo documento de referencia, en este caso, el informe de la Comisión.

24. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que la Comisión debe informar de todos los progresos realizados en el examen de un tema, aunque sean parciales. La uniformidad de la práctica no es necesariamente imprescindible; podría estudiarse la posibilidad de dejar que cada Relator Especial decida si los textos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción han de figurar o no en el informe. En cualquier caso, es una cuestión que debe examinarse en el contexto de la organización de los trabajos.

25. El Sr. HASSOUNA dice que también es importante mostrar a los Estados que las labores en curso producen resultados, aunque sean provisionales.

26. El Sr. CANDIOTI señala que, en efecto, en ocasiones, la Sexta Comisión no ha sido debidamente informada de los progresos de la labor y ha debatido problemas que ya se habían resuelto. No hay ninguna razón por la que la excelente labor del Comité de

Redacción con respecto a la identificación del derecho internacional consuetudinario no deba ser divulgada, aunque aún no haya concluido.

27. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que los proyectos de artículo o de conclusión forman un todo con sus comentarios, que permiten reflejar las opiniones minoritarias. La cuestión de si los textos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción deben figurar en el informe de la Comisión podría debatirse al aprobar los proyectos de capítulo. No debe descartarse un enfoque caso por caso. En cuanto a la transparencia, podría mejorarse mediante el uso de diferentes fórmulas en el informe.

28. El Sr. CAFLISCH dice que apoya la propuesta de la Relatora Especial de publicar los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en el período de sesiones, siempre que se siga el mismo procedimiento para todos los demás temas.

29. El Sr. KAMTO señala que, como ha recordado oportunamente el Sr. Nolte, hasta ahora la práctica de la Comisión, salvo en raras ocasiones, no ha sido publicar los textos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en sus informes anuales, y ha habido casos en que la labor del Comité de Redacción sobre algunos temas se ha prolongado a lo largo de varios períodos de sesiones sin que se haya informado de sus progresos a la Sexta Comisión. Nada impide a la Comisión de Derecho Internacional modificar su práctica a ese respecto, siempre que lo haga de manera consciente y que adopte una política general aplicable a toda su labor, y no solo a algunos temas. En este caso, para que la publicación de los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción sea realmente útil para los debates en la Sexta Comisión, también tendría que publicarse todo el informe del Comité de Redacción, a fin de que los Estados puedan familiarizarse con su labor, incluidas las diferencias expresadas en ese contexto. El orador está dispuesto a apoyar la propuesta de la Sra. Jacobsson, con esa salvedad.

30. El Sr. ŠTURMA dice que lo que propone la Sra. Jacobsson ya se ha hecho en el pasado y que, por consiguiente, la Comisión ya ha comenzado a desarrollar una nueva práctica en ese sentido. Personalmente, no se opone a la idea, siempre que se indique de manera explícita en la nota a pie de página en que figuren los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción que todavía no han sido aprobados por la Comisión. La misma aclaración podría hacerse en el capítulo II del informe de la Comisión, que contiene el resumen de la labor realizada en el período de sesiones. Con miras a los debates en la Sexta Comisión, la Comisión también podría indicar, en el capítulo III de su informe, sobre qué aspectos de la labor en curso relativa a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados desearía conocer la opinión de los Gobiernos. La publicación del informe completo del Comité de Redacción, como ha propuesto el Sr. Kamto, podría plantear un problema en cuanto al límite de páginas al que debe ajustarse el informe de la Comisión. No obstante, dado que el informe del Comité de Redacción se publica íntegramente en el sitio web de la Comisión, se podría incluir una referencia al enlace correspondiente en la nota a pie de página antes citada.

31. Sir Michael WOOD dice que, como Relator Especial del tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario», ha encontrado muy útiles para su futura labor los debates mantenidos en la Sexta Comisión en 2014 sobre la base del informe del Comité de Redacción y los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité, a los que se hacía referencia en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones[319]. Por tanto, estaría totalmente de acuerdo con la adopción de una nueva práctica consistente en incluir, en una nota a pie de página del informe anual de la Comisión, los proyectos de texto aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, a condición de que se indique con claridad la provisionalidad de esos proyectos y se añada una referencia que remita al informe del Comité de Redacción. La publicación, en relación con cada tema examinado, del informe íntegro del Comité de Redacción en el informe de la Comisión no sería adecuado: además de dotar a los informes del Comité de Redacción de una condición que no tienen, ello ampliaría en exceso el informe de la Comisión y podría crear confusión. Si la Comisión adopta esa nueva práctica, sería conveniente que defina los criterios de aplicación y explique los motivos de su decisión, por ejemplo, en su informe o, aún mejor, con motivo de la presentación de su labor ante la Sexta Comisión.

32. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, refiriéndose al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, dice que, en el capítulo dedicado a la labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, se precisa que el informe del Comité de Redacción, con los proyectos de conclusión de los proyectos aprobados provisionalmente, «se presentó únicamente a título informativo en esta etapa»[320]. Por tanto, no había ambigüedad en cuanto a que los proyectos en cuestión no eran definitivos. El hecho de que la Comisión dé cuentas de esos resultados provisionales a la Sexta Comisión no compromete en nada el resultado final de la labor que adoptará en sesión plenaria y, por consiguiente, tampoco pone en peligro en modo alguno su independencia. En opinión de la oradora, solo se trata de informar a los Estados de la marcha de los trabajos en un determinado período de sesiones y de recoger sus opiniones al respecto, lo que solo puede resultar de utilidad.

33. El Sr. VALENCIA-OSPINA, apoyado por el Sr. GÓMEZ ROBLEDO, da las gracias al Sr. Nolte por haber iniciado ese debate y considera que hay una parte de razón en todas las opiniones que se han expresado. Si la Comisión decide institucionalizar una práctica que hasta el momento solo se ha aplicado con carácter excepcional, debe hacerlo con pleno conocimiento de causa. Hasta ahora, la práctica habitual consistía en celebrar un debate en sesión plenaria, tras lo cual los proyectos de artículo u otros proyectos se remitían al Comité de Redacción, que a continuación presentaba el resultado de su labor en sesión plenaria para su aprobación, y los

[319] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 160, párr. 136.

[320] Ibíd.

proyectos aprobados, con sus correspondientes comentarios, se incorporaban en el informe de la Comisión a la Asamblea General. Ese método tiene un inconveniente importante: las observaciones formuladas por los Estados en la Sexta Comisión bien se refieren a los proyectos de artículo u otros proyectos ya aprobados por la Comisión y, por tanto, solo pueden ser examinados en segunda lectura, en caso de haberla, bien se refieren a proyectos cuya redacción ya ha sido modificada por el Comité de Redacción durante el período de sesiones y, por consiguiente, ya no son válidos. El orador dice que se enfrentó a ese último caso como Relator Especial del tema «Protección de las personas en casos de desastre», y que, para evitar que el debate en la Sexta Comisión se distorsionara, estimó oportuno, en aquel momento, señalar a su atención los proyectos de artículo que solo habían sido aprobados de manera provisional por el Comité de Redacción.

34. Si decide incluir a partir de ahora en su informe a la Asamblea General los resultados de la labor del Comité de Redacción que aún no han sido aprobados en sesión plenaria a fin de que la Sexta Comisión pueda debatir al respecto, la Comisión dará a entender que se compromete a tener en cuenta las opiniones expresadas por los Estados en ese contexto antes de aprobar los proyectos preparados por el Comité de Redacción en sesión plenaria. Además de implicar que el Comité de Redacción, junto con el Relator Especial, volverían a examinar los proyectos aprobados provisionalmente a la luz de los debates celebrados en la Sexta Comisión antes de presentarlos en sesión plenaria para su aprobación, ello podría provocar un deterioro de las relaciones entre la Sexta Comisión y la Comisión si los proyectos que esta última apruebe en sesión plenaria no tienen en cuenta las observaciones formuladas por los Estados en la Sexta Comisión. Además, los comentarios sobre los proyectos de artículo son indispensables para comprender el significado de esos textos. Así pues, no pueden suprimirse y publicar en su lugar el informe del Comité de Redacción.

35. El Sr. PETRIČ dice que el procedimiento de presentar a la Sexta Comisión proyectos de artículo u otros proyectos antes de que se aprueben en sesión plenaria con sus correspondientes comentarios solo debe utilizarse en circunstancias excepcionales. Si bien en este caso no se opone a la propuesta de la Sra. Jacobsson, el orador considera que, si la Comisión la aprueba, debería indicar claramente en el informe los motivos de su decisión y precisar que los proyectos de principio en cuestión no reflejan su posición.

36. La Sra. JACOBSSON (Relatora Especial) dice que jamás ha tenido la intención de revolucionar la práctica de la Comisión y que el procedimiento que ha propuesto no es nada nuevo, pues ya se ha utilizado en el pasado. No obstante, considera que su aplicación merece ser discutida a fondo en el marco del tema del programa relativo a los métodos de trabajo, que la Comisión lamentablemente no ha tenido la oportunidad de tratar desde que concluyó el quinquenio anterior. La oradora mantiene su propuesta, en el entendimiento de que, como han indicado varios miembros, el carácter provisional de los proyectos de principio reproducidos en la nota a pie de página quedará claramente indicado.

37. El Sr. KAMTO dice que el Sr. Valencia-Ospina ha hecho hincapié en un aspecto muy importante que merece reflexión: si la Comisión adquiere la costumbre de presentar, para su debate en la Sexta Comisión, los proyectos que aún no han sido aprobados en sesión plenaria, lógicamente el Relator Especial tendrá que preparar un nuevo informe que tenga en cuenta los debates celebrados y presentarlo para su examen en sesión plenaria. En otras palabras, la Comisión ya no podría adoptar de manera directa, como hace ahora, los proyectos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. En opinión del orador, ello podría ser una razón de peso para rechazar la instauración de dicho procedimiento.

38. Sir Michael WOOD señala que si la propuesta de la Sra. Jacobsson se acepta y si, como parecen desear el Sr. Gómez Robledo y Sra. Escobar Hernández, se sigue ese mismo procedimiento para los proyectos de disposición relativos a sus respectivos temas, le gustaría que se hiciera lo mismo en relación con su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

39. El PRESIDENTE, teniendo en cuenta las opiniones expresadas, propone que la Comisión acepte que los proyectos de principio sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción se incluyan en una nota a pie de página del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones, junto con un texto en el que se haga hincapié en su carácter provisional y el enlace al informe del Comité de Redacción, y que se haga lo mismo con otros proyectos aprobados provisionalmente en el período de sesiones en curso, en el entendimiento de que ese proceso, en particular la cuestión de si es conveniente o no sistematizarlo, volverá a examinarse en un futuro período de sesiones en el marco del tema del programa titulado «Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación».

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

3282ª SESIÓN

Lunes 3 de agosto 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones

Capítulo VII. *Crímenes de lesa humanidad* (A/CN.4/L.860 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el capítulo VII del proyecto de informe, comenzando con la parte contenida en el documento A/CN.4/L.860.

A. Introducción

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

2. El Sr. TLADI dice que habría que añadir una oración que dijera: «La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión».

Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección A en su forma enmendada.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 3 y 4

3. El Sr. PARK dice que la sección B no parece ajustarse a la práctica seguida en las secciones equivalentes de algunos informes anteriores a la Asamblea General, ya que no contiene ningún resumen del debate sobre el tema en la Comisión y pregunta qué principios aplica la Secretaría al preparar estas secciones del informe.

4. El Sr. LLEWELLYN (Secretario de la Comisión) dice que la Secretaría sigue la práctica de años anteriores de hacer reseñas de los debates mucho más breves cuando se han aprobado proyectos de artículo o de conclusión que cuando no se ha ultimado texto alguno.

5. El Sr. MURPHY (Relator Especial) señala que la reproducción, en la nota del final del párrafo 4, de los proyectos de artículo propuestos inicialmente por el Relator Especial no es necesaria y puede confundir a los lectores. Por lo tanto, propone que se suprima la nota.

6. Sir Michael WOOD observa que, si bien está de acuerdo en que no hay necesidad de reproducir en su totalidad los proyectos de artículo propuestos inicialmente, sería útil en todo caso mantener una nota que remitiera a los lectores a ese texto en la sección pertinente del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/680).

7. El Sr. CANDIOTI, apoyado por el Sr. SABOIA, dice que, a fin de dar a los lectores interesados, como los delegados de la Sexta Comisión, una idea del tenor del debate, el informe debería, como mínimo, incluir una referencia a las actas resumidas correspondientes.

8. El Sr. NOLTE dice que, en efecto, los lectores podrían confundirse si el informe reprodujera íntegramente dos versiones diferentes de los proyectos de artículo. Por consiguiente, apoya la propuesta de que se suprima el texto de la nota del final del párrafo 4 y se incluyan en ella referencias a la sección correspondiente del informe del Relator Especial y a las actas resumidas relativas a las conclusiones de la Comisión sobre la cuestión. Esa debería ser la práctica de la Comisión para resumir los debates cuando se han aprobado proyectos de artículo o de conclusión y los comentarios correspondientes.

9. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ observa que, si bien no se opone a la supresión del texto que figura en la nota del final del párrafo 4, no cree que su inclusión pueda confundir a las delegaciones de la Sexta Comisión; de hecho, facilita la comprensión de los comentarios. Los dos conjuntos de proyectos de artículo están claramente diferenciados en el informe, ya que uno figura en una nota a pie de página y el otro en el cuerpo del texto. No obstante, si la Comisión suprimiera el texto inicial de los proyectos de artículo, la nota del final del párrafo 4 debería incluir una referencia a los párrafos correspondientes del informe del Relator Especial. Además, habría que insertar una nota en el párrafo 3 que indicara las actas resumidas de las sesiones en que la Comisión ha examinado el tema. La Comisión debería seguir esta práctica al preparar futuros informes.

10. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar el párrafo 3, con una nota que remita a los lectores a las actas resumidas correspondientes, y el párrafo 4, con una nota en la que se indiquen los párrafos del primer informe del Relator Especial que contienen los textos de los proyectos de artículo propuestos.

Quedan aprobados los párrafos 3 y 4 con esas enmiendas.

Párrafos 5 y 6

Quedan aprobados los párrafos 5 y 6.

Párrafo 7

11. El Sr. MURPHY (Relator Especial), apoyado por el Sr. PARK, propone que se añada una segunda oración con el texto siguiente: «La Comisión también pidió a la Secretaría que preparase un memorando con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que puedan ser pertinentes a su futura labor sobre el presente tema».

12. El Sr. CANDIOTI sugiere que se inserte una nota para explicar el motivo de la petición.

13. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar el párrafo 7 con la adición de una segunda oración, propuesta por el Sr. Murphy, y de una nota explicativa, propuesta por el Sr. Candioti.

Queda aprobado el párrafo 7 con esas enmiendas.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8.

14. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine la parte del capítulo VII que figura en el documento A/CN.4/L.860/Add.1.

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 67º PERÍODO DE SESIONES

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

Comentario del proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación)

Párrafo 1

15. El Sr. FORTEAU propone que se suprima la expresión «*ab initio*» porque es innecesaria y se presta a confusión. También propone que, al final del párrafo, se añadan las palabras: «o cuando se están cometiendo» [«*ou lorsqu'ils sont en train d'être commis*»].

Queda aprobado el párrafo 1 en su forma enmendada.

Párrafo 2

16. El Sr. KAMTO propone que, al final de la segunda oración, se añada una referencia al crimen de agresión que complemente las referencias al genocidio y los crímenes de guerra.

Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.

Párrafo 3

17. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ propone que la primera oración se modifique para que diga: «Asimismo, el presente proyecto de artículos toma en consideración la intención de evitar cualquier conflicto con los tratados en vigor pertinentes».

18. El Sr. KAMTO está de acuerdo en que la primera oración debe modificarse, ya que en la actualidad atribuye a los proyectos de artículo una intención que no pueden tener. Habría que redactarla de nuevo para indicar que, al elaborar los proyectos de artículo, la Comisión ha tratado de evitar cualquier conflicto con los tratados en vigor pertinentes.

19. El Sr. MURPHY (Relator Especial) propone que la primera oración diga: «Asimismo, la Comisión evitará cualquier conflicto con los tratados en vigor pertinentes».

20. El Sr. PETRIČ propone el siguiente texto: «Asimismo, el presente proyecto de artículos está redactado de manera de evitar cualquier conflicto con los tratados en vigor pertinentes».

21. El Sr. TLADI dice que, si bien puede aceptar la propuesta del Relator Especial, preferiría mantener una referencia al propio proyecto de artículos. Por consiguiente, sugiere que la primera oración comience con las palabras: «Con el presente proyecto de artículos, la Comisión persigue evitar…».

22. El Sr. SABOIA coincide con el Sr. Tladi en la conveniencia de mantener una referencia al propio proyecto de artículos.

23. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que no ve ningún inconveniente en mantener el texto tal como está.

24. El Sr. NOLTE apoya la propuesta del Sr. Petrič, ya que el texto actual atribuye una intención al propio proyecto de artículos.

25. El Sr. McRAE, refiriéndose a la propuesta del Sr. Tladi, sugiere que se modifique y se supriman las palabras «se persigue», de manera que la oración comience diciendo «Asimismo, con el presente proyecto de artículos se evita». Así también se armonizaría la formulación con el texto de la segunda oración.

26. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que apoya la enmienda del Sr. McRae a la propuesta del Sr. Tladi y que, en el texto en español, se deben sustituir las palabras «persigue evitar» por «evita».

27. Sir Michael WOOD apoya la enmienda del Sr. McRae a la propuesta del Sr. Tladi, pero el texto debe decir «evitará» en lugar de «persigue evitar».

Queda aprobado el párrafo 3 en su forma enmendada por el Sr. Tladi y modificada por el Sr. McRae y Sir Michael Wood.

Párrafo 4

28. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ propone que, en la primera oración, se sustituyan las palabras «tratará de evitar» por «evitará» en consonancia con la enmienda que se acaba de aprobar en relación con el párrafo 3.

Queda aprobada la enmienda.

29. El Sr. KAMTO propone que se suprima la tercera oración, ya que no está clara y es innecesaria dado el contenido de la cuarta oración.

30. El Sr. TLADI, apoyado por el Sr. NOLTE y la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, propone que se añadan las palabras «previsto en el Estatuto de Roma» al final de la quinta oración.

31. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en el texto en español de la tercera oración, la expresión «al margen de» no transmite debidamente la idea de que la cooperación prevista en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no es incompatible con la cooperación resultante de las relaciones bilaterales entre Estados. El Estatuto de Roma, si bien no prevé expresamente la cooperación entre Estados, tiene en cuenta la existencia de mecanismos de cooperación entre ellos. A fin de destacar la compatibilidad de ambos regímenes, la oradora propone sustituir «al margen» por «sin perjuicio».

32. En lo que respecta a la quinta oración, propone sustituir las palabras «intentará respaldar» por «contribuye a reforzar». En cuanto a la sexta oración, implica erróneamente que el principio de complementariedad entraña el reconocimiento de la jurisdicción nacional como el foro principal y más adecuado para enjuiciar los crímenes de lesa humanidad; de hecho, establece un sistema de reparto de jurisdicción. Por ello, la oradora propone que se suprima la frase anterior a «para enjuiciar los crímenes de lesa humanidad» y se sustituya por: «En virtud de dicho principio, los Estados deberán ejercer en primer lugar su jurisdicción nacional». Esa formulación es más acorde con el preámbulo del Estatuto de Roma y con sus artículos 1, 17 y 18, relativos al principio de complementariedad.

33. El Sr. NOLTE, refiriéndose a la sexta oración, propone que al final se añadan las siguientes palabras: «y que la Corte Penal Internacional solo ejercerá su jurisdicción en segunda instancia cuando no se cumplan esas condiciones».

34. El Sr. KAMTO dice que el texto de la tercera oración da la impresión equivocada de que existe un sistema de obligaciones en materia de cooperación que ha sido establecido por el Estatuto de Roma y es vinculante, incluso para los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma.

35. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que la idea subyacente en la tercera oración es indicar que el Estatuto de Roma parte de la base de que hay cooperación entre Estados y que la parte IX del Estatuto se refiere a situaciones en que prevalece la obligación de entrega en caso de conflicto entre la cooperación entre Estados y la entrega de una persona a la Corte. En respuesta a las observaciones que acaba de hacer la Sra. Escobar Hernández, el orador sugiere que las palabras «seguirá existiendo al margen» se deberían sustituir por «existe sin perjuicio». En la quinta oración, propone que se sustituya «intentará respaldar» por «contribuirá a mejorar». Respecto de la sexta oración, es partidario de la adición propuesta por el Sr. Nolte.

36. El Sr. KITTICHAISAREE señala que no se puede mejorar un principio, sino únicamente su aplicación, por lo que habría que sustituir las palabras «contribuirá a mejorar el» por «contribuirá a la aplicación del». En la séptima oración, propone sustituir las palabras «antes de que ocurran» por «antes de que se cometan o mientras se estén cometiendo».

37. El Sr. TLADI apoya la observación del Sr. Kittichaisaree de que la quinta oración no se debe referir a «mejorar» el principio de complementariedad. Acepta todas las demás propuestas del Sr. Murphy, excepto la de añadir la expresión «establecido en el Estatuto de Roma», ya que su propuesta anterior, «previsto en el Estatuto de Roma», le parece más apropiada.

38. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en la quinta oración, apoya la inserción de las palabras «la aplicación del» entre «contribuirá a mejorar» y «principio de complementariedad» como propone el Sr. Kittichaisaree. También apoya la sugerencia del Sr. Tladi de que se añada la expresión «previsto en el Estatuto de Roma» al final de esa oración.

39. A pesar de la adición que propone el Sr. Nolte al final de la sexta oración en la primera parte de esa oración se sigue dando a entender que la Comisión se está pronunciando sobre el foro adecuado para enjuiciar los crímenes de lesa humanidad, algo a lo que la oradora ya ha expresado objeciones antes. La modificación que la oradora propone de la primera parte de dicha oración no entra a valorar cuál es el foro adecuado para el enjuiciamiento y se limita a describir la forma en que funciona el principio de complementariedad.

40. El Sr. KOLODKIN, apoyado por el Sr. HMOUD, propone que se suprima la sexta oración porque constituye una interpretación del principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma a los efectos del comentario de los proyectos de artículo.

Se suprime la sexta oración.

41. El PRESIDENTE recapitula del siguiente modo las propuestas restantes de modificación del párrafo 4: en la tercera oración, se debe sustituir la expresión «al margen» por «sin perjuicio»; se debe reformular el principio de la quinta oración para que diga «En ese sentido, el presente proyecto de artículos contribuirá a la aplicación del principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma»; y, en la séptima oración, se deben sustituir las palabras «antes de que ocurran» por «antes de que se cometan o mientras que se estén cometiendo».

Queda aprobado el párrafo 4 en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario del proyecto de artículo 1 en su totalidad, en su forma enmendada.

Comentario del proyecto de artículo 2 (Obligación general)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

42. El Sr. MURASE, refiriéndose al texto de la última nota del párrafo 2, dice que la segunda parte de la segunda oración, que dice «más bien, las condenas estuvieron relacionadas con crímenes de guerra que tuvieron lugar fuera del Japón y se impusieron a personas que no eran nacionales japoneses», es inexacta. De hecho, los criminales declarados culpables fuera del Japón fueron juzgados con arreglo al derecho de la guerra tradicional por tribunales militares ordinarios, que no tienen jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, propone que se suprima ese texto.

43. El Sr. MURPHY (Relator Especial) apoya la propuesta del Sr. Murase.

Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.

Párrafos 3 y 4

44. El Sr. KAMTO dice que, en el texto en francés de la primera oración del párrafo 3, las palabras «*consignés et*» son superfluas y deben suprimirse.

Queda aprobada esa enmienda.

45. Sir Michael WOOD propone que, en la tercera oración, se sustituya la palabra «determinaba» por «decía» y que, en el texto en inglés, las palabras «*to be*» se sustituyan por «*were*».

Queda aprobada esa enmienda.

46. El Sr. MURPHY (Relator Especial), en respuesta a las observaciones de Sir Michael WOOD y el Sr. KAMTO sobre la cuarta oración del párrafo 3, dice que es totalmente cierto que la expresión «el delito de crímenes de lesa humanidad» no es la terminología utilizada en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954[321], que, en cambio, habla de «actos inhumanos». Por tanto, propone que las palabras «incluía el delito de» antes de «crímenes de lesa humanidad» se sustituyan por «incluía una serie de actos inhumanos que en la actualidad se consideran».

47. El Sr. KITTICHAISAREE hace suya la propuesta, pero sugiere que se inserten las palabras «en su artículo 2, párrafo 11,» después de la palabra «incluía».

Queda aprobada la propuesta del Sr. Murphy (Relator Especial) en su forma enmendada por el Sr. Kittichaisaree.

48. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que habría que insertar en el párrafo 3 la última oración del párrafo 4, relativa al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[322], después de la referencia al proyecto de código de delitos sobre la misma cuestión de 1954. De ese modo, el párrafo 3 incluirá referencias a todos los textos que han definido los crímenes de lesa humanidad como crímenes según el derecho internacional.

49. El Sr. MURPHY (Relator Especial) indica que los párrafos 2 a 4 del comentario describen la tipificación a nivel internacional de los crímenes de lesa humanidad como delitos y lo hacen por orden cronológico, comenzando por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional establecido en Núremberg[323]. La reseña histórica culmina, en el párrafo 4, con la aprobación por la Comisión del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en 1996. Por consiguiente, el orador es reacio a que se haga la transposición propuesta por la Sra. Escobar Hernández.

50. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en ese caso, la última oración del párrafo 3 debería transponerse al final del párrafo 4, de manera que se aplique a todos los proyectos de la Comisión relativos a los crímenes de lesa humanidad.

51. El Sr. MURPHY (Relator Especial) señala que la Sra. Escobar Hernández tiene razón; la oración, que se refiere a la gravedad de los crímenes de lesa humanidad y su consiguiente prohibición con arreglo al derecho internacional, deberá pasar al final del párrafo 4.

Queda aprobada esa enmienda.

Quedan aprobados los párrafos 3 y 4 en su forma enmendada durante las deliberaciones.

Párrafo 5

52. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en la tercera oración, las palabras «injerirse en» se deben sustituir por la expresión, más neutral, «ocuparse de».

53. Sir Michael WOOD dice que la primera oración debe terminar después de las palabras «en tiempo de conflicto armado» y la siguiente oración debe comenzar con «La referencia al conflicto armado».

Quedan aprobadas esas enmiendas.

54. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, refiriéndose a la última nota del párrafo 5, observa que habría que modificarla para dejar claro que fue el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el fallo de la causa *Kupreškić y otros*, el que observó «el tenue vínculo» que existía entre los crímenes de lesa humanidad cometidos por Baldur von Schirach y los demás delitos que entraban dentro de la competencia del Tribunal de Núremberg (párrafo 576 de la decisión). El texto actual de la nota puede prestarse a confusión.

55. El Sr. MURPHY (Relator Especial) no puede aceptar esa enmienda porque la última oración del párrafo 5 aclara esa cuestión.

56. Tras un debate en que participan el Sr. ŠTURMA, el Sr. MURPHY (Relator Especial) y la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, el Sr. KITTICHAISAREE, apoyado por el Sr. PETRIČ, propone que no se modifique la nota.

Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada anteriormente.

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafo 7

57. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que el Sr. Tladi le ha pedido que proponga que la penúltima nota pase al final de la sexta oración y que se añada una nueva nota que diga «Ibíd.» al final de la séptima oración.

Queda aprobado el párrafo 7 en su forma enmendada.

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8.

Párrafo 9

58. El Sr. FORTEAU propone que, en la primera oración, se suprima la frase que comienza por «con la finalidad más probable», que es una mera conjetura.

Queda aprobado el párrafo 9 en su forma enmendada.

---

[321] *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/2693, págs. 151 y 152; en español véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento núm. 9* (A/2693), párr. 54.

[322] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

[323] Acuerdo de Londres concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo y Estatuto del Tribunal Militar Internacional, 1945, anexo.

Queda aprobado el comentario del proyecto de artículo 2 en su totalidad, en su forma enmendada.

Comentario del proyecto de artículo 3 (Definición de crímenes de lesa humanidad)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

59. El Sr. KITTICHAISAREE dice que, en aras de la precisión, el apartado «Definiciones anteriores» debe titularse «Definiciones de otros instrumentos».

Queda aprobada la enmienda.

Párrafos 2 a 4

Quedan aprobados los párrafos 2 a 4.

Párrafo 5

60. El Sr. FORTEAU dice que, en la segunda oración, se deben insertar las palabras «de las Naciones Unidas» después de «Secretario General».

Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada.

Párrafo 6

61. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ cuestiona la referencia a un motivo «discriminatorio» en la segunda oración y sugiere que, en su lugar, se hable de un motivo «selectivo».

62. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que lo inusual es que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda[324] estipule que los crímenes que entran dentro de la competencia del Tribunal deben cometerse contra un grupo concreto. La doctrina utiliza la expresión «motivo discriminatorio».

63. En respuesta a una observación del Sr. KAMTO, el orador dice que se podría suprimir la última oración del párrafo, si bien indica, y ello es importante, que se ha dicho expresamente que la competencia de los tribunales híbridos comprende los crímenes de lesa humanidad.

64. El Sr. KITTICHAISAREE dice que en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda se hace referencia a los crímenes de lesa humanidad cometidos con «intención» discriminatoria.

65. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en vista de lo que antecede, las palabras «motivos discriminatorios» deben sustituirse por «intención discriminatoria» en toda la versión en español de ese párrafo.

66. El PRESIDENTE señala que tendrá que sustituirse «*motive*» por «*intent*» en toda la versión en inglés del párrafo.

Queda aprobado el párrafo 6 en su forma enmendada.

Párrafo 7

67. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que, en la última oración, será necesario cambiar «motivos discriminatorios» por «intención discriminatoria».

68. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que facilitará a la Secretaría algunos ajustes editoriales del texto en español.

Queda aprobado el párrafo 7 en su forma enmendada.

Párrafo 8

69. El Sr. NOLTE, refiriéndose a la primera oración, propone que se supriman las palabras «de esos» porque no son necesariamente solo los Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional los que utilizan la definición que contiene su artículo 7 cuando modifican su legislación nacional. La última oración del párrafo hace referencia a algo que puede ocurrir mucho después de que la Comisión haya terminado sus trabajos sobre el tema, por lo que el orador propone que se supriman las palabras «la Comisión» y se sustituyan las palabras «esa formulación» por «el párrafo».

70. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, refiriéndose a la primera parte de la segunda oración, dice que distorsiona la consideración primordial que llevó a la Comisión a basar sus definiciones de crímenes de lesa humanidad en las del artículo 7 del Estatuto de Roma, a saber, su renuencia a introducir enmiendas en esas definiciones, sobre las que en la actualidad existe un amplio consenso en la comunidad internacional. Por consiguiente, sería conveniente suprimir la primera parte de la oración para que simplemente fuese «La Comisión estimó que el artículo 7 del Estatuto de Roma constituía una base adecuada para definir esos delitos en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3».

71. En la última oración, la expresión «podría tener competencia para enjuiciar el crimen de agresión» no es plenamente compatible con el Estatuto de Roma. La Corte Penal Internacional puede tener competencia para enjuiciar el crimen de agresión cuando se cumplen los requisitos establecidos en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (Conferencia de Kampala). Por ese motivo, sería más exacto decir «En un momento dado, la Corte Penal Internacional podrá tener competencia respecto del crimen de agresión cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Conferencia de Kampala».

Queda aprobado el párrafo 8 en su forma enmendada por el Sr. Nolte y la Sra. Escobar Hernández.

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

72. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que debe añadirse la palabra «ataque» al título «Generalizado o sistemático» para aclarar su contenido al lector.

Queda aprobada esa enmienda.

Párrafos 10 a 19

Quedan aprobados los párrafos 10 a 19.

[324] Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo.

Párrafo 20

73. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ desea introducir varias correcciones editoriales en la versión en español de ese párrafo pero que, a fin de agilizar el debate, las transmitirá a la Secretaría.

74. El Sr. KOLODKIN también desea hacer numerosas correcciones editoriales en toda la versión en ruso del documento. Para ahorrar tiempo las transmitirá igualmente a la Secretaría.

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

75. El Sr. NOLTE dice que, en la versión en inglés de ese párrafo y en otras partes del texto en inglés donde aparece la expresión «*the ICC's* Elements of Crimes», sería más acertado hacer referencia a «*The* Elements of Crimes *under the ICC Statute*».

Queda aprobado el párrafo 21 en su forma enmendada en el texto en inglés.

Párrafos 22 a 36

Quedan aprobados los párrafos 22 a 36.

Párrafo 37

76. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que se debe suprimir la palabra «subyacentes» en el título del apartado y en el párrafo, ya que los actos en cuestión son manifestaciones de crímenes de lesa humanidad.

77. El Sr. MURPHY (Relator Especial) no se opone a la supresión del adjetivo «subyacentes».

Quedan aprobados el apartado y el párrafo 37 en su forma enmendada.

Párrafo 38

78. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que la última parte de la penúltima oración es superflua y habría que suprimirla.

Queda aprobado el párrafo 38 en su forma enmendada.

Párrafo 39

Queda aprobado el párrafo 39.

Párrafo 40

79. El Sr. NOLTE propone que los instrumentos a que se hace referencia en la segunda oración se mencionen según el orden de importancia en el derecho internacional y no en orden cronológico. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en 2006, ha reforzado el contenido de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[325] y es más importante que esta.

80. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) se opone a que se establezca un orden de jerarquía entre los instrumentos mencionados. El Comité de Redacción ha interpretado la expresión «instrumento internacional» en su sentido amplio y, para dejarlo claro, habría que insertar la siguiente frase al final de la primera oración del párrafo 40: «dado que la expresión "instrumento internacional" debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente en el de acuerdo internacional vinculante» [«*étant entendu que le terme "instrument international" doit être entendu au sens large et pas seulement au sens d'un accord internationalement contraignant*»].

81. El Sr. MURPHY (Relator Especial) es partidario de mantener el orden cronológico. También conviene destacar que dos de los instrumentos se aprobaron antes del Estatuto de Roma y uno después. Cada uno tiene su importancia y, por ese motivo, no sería conveniente establecer una jerarquía entre ellos. Está de acuerdo con la formulación adicional propuesta por el Sr. Forteau y sugiere que se agregue una nueva segunda oración que diga: «La expresión "instrumento internacional" debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente en el de acuerdo internacional vinculante».

82. El PRESIDENTE sugiere que el examen del párrafo 40 se deje en suspenso hasta la próxima sesión plenaria de la Comisión.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3283ª SESIÓN

Lunes 3 de agosto de 2015, a las 15.00 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VII. *Crímenes de lesa humanidad* (continuación) (A/CN.4/L.860 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen de los párrafos 40 y 41 del comentario del artículo 3, párrafo 4, que se había dejado en suspenso.

[325] Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*)

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO Y LOS COMENTARIOS APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 67º PERÍODO DE SESIONES (*continuación*)

Comentario del proyecto de artículo 3 (Definición de crímenes de lesa humanidad) (*conclusión*) (A/CN.4/L.860/Add.1)

Párrafo 40 (*conclusión*)

2. El Sr. NOLTE dice que, después de celebrar consultas con el Relator Especial y el Sr. Forteau, se ha acordado que retirará su propuesta de modificar el orden en que se citan los instrumentos internacionales en el párrafo 40.

3. El Sr. MURPHY (Relator Especial) señala que, en esas consultas, se decidió añadir, después de la primera oración, la frase siguiente: «La expresión "instrumento internacional" debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente en el de acuerdo internacional vinculante».

Queda aprobado el párrafo 40 en su forma enmendada.

Párrafo 41

4. El Sr. NOLTE propone que las tres últimas oraciones del párrafo se reformulen de manera que digan lo siguiente: «Al mismo tiempo, uno de los objetivos importantes del proyecto de artículos es la elaboración de leyes nacionales comparables, de forma que puedan servir de base para una sólida cooperación entre Estados. Cualquier otro elemento adoptado en la ley nacional que no entre en el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos no podría acogerse a sus disposiciones, incluidas las relativas a la extradición y la asistencia jurídica recíproca». Por tanto, se suprimirá el segmento de oración «con la inclusión del párrafo 4 no se pretende invitar a los Estados a elaborar definiciones más amplias de los crímenes de lesa humanidad en su legislación nacional», pues el orador teme que pueda dar la impresión equivocada de que la Comisión desea disuadir a los Estados de adoptar una definición más amplia de crímenes de lesa humanidad en su derecho interno. Por último, tampoco está convencido de que la expresión «leyes nacionales comparables» refleje adecuadamente la idea de que uno de los propósitos del proyecto de artículos es la adopción, en las legislaciones nacionales, de una definición de base común de los crímenes de lesa humanidad, susceptible de ampliarse, y desea conocer la opinión del Relator Especial sobre esa cuestión.

5. El Sr. MURPHY (Relator Especial) apoya la reformulación de las tres últimas oraciones del párrafo 41 propuesta por el Sr. Nolte. La expresión «leyes nacionales comparables» le parece perfectamente apropiada, pues se espera que las leyes nacionales sean «comparables», en el sentido de que deben abarcar todos los elementos de la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aunque ello no excluye la posibilidad de que engloben otros elementos.

6. El Sr. KOLODKIN dice que se opone a la reformulación propuesta por el Sr. Nolte, ya que deja al margen por completo la idea de «armonización», si bien su importancia se ha subrayado en numerosas ocasiones durante los debates en sesión plenaria y en el Comité de Redacción.

7. El Sr. HMOUD, apoyado por el Sr. PETRIČ, también considera que debe mantenerse la referencia a la armonización de las leyes nacionales como uno de los objetivos del proyecto de artículos.

8. El Sr. NOLTE dice que, si se retoma el término «armonización», será necesario precisar que se trata de una armonización *mínima*, es decir, encaminada a garantizar que la legislación nacional establezca una definición *de base* común de los crímenes de lesa humanidad. Sin esa aclaración, se podría tener la impresión de que hay que excluir las definiciones más amplias de crímenes de lesa humanidad.

9. El PRESIDENTE estima, por el contrario, que no hay ninguna ambigüedad a ese respecto, ya que en la tercera oración del párrafo 41 se indica expresamente que, si un Estado desea adoptar una definición más amplia en su legislación nacional, el proyecto de artículos no le impide hacerlo. Así pues, propone modificar en parte la formulación propuesta por el Sr. Nolte para tener en cuenta las observaciones del Sr. Kolodkin, el Sr. Hmoud y el Sr. Petrič, de manera que el texto diga lo siguiente: «Al mismo tiempo, uno de los objetivos importantes del proyecto de artículos es la armonización de la legislación nacional, de forma que pueda servir de base…».

Queda aprobada esa propuesta.

Queda aprobado el párrafo 41 en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario del proyecto de artículo 3 en su totalidad, con las enmiendas introducidas.

Comentario del proyecto de artículo 4 (Obligación de prevención)

Párrafos 1 y 2

10. El Sr. KAMTO propone que se suprima la referencia al genocidio de los ejemplos de actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad citados entre paréntesis en la tercera oración del párrafo 1, ya que los conceptos de genocidio y crímenes de lesa humanidad son muy distintos y son objeto de regímenes jurídicos diferentes.

11. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que la lista de ejemplos citados entre paréntesis no es exhaustiva y que la referencia al genocidio podrá eliminarse si la Comisión lo considera necesario. El hecho es que, en algunas circunstancias, el genocidio también puede constituir un crimen de lesa humanidad.

12. El Sr. PETRIČ dice que, aunque el genocidio, el *apartheid*, la desaparición forzada y la tortura son objeto de regímenes convencionales distintos, es indudable que, cuando se cometen en determinadas circunstancias, pueden constituir crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, el orador no ve razón alguna para eliminar el genocidio de la lista de ejemplos entre paréntesis. Una manera más sencilla y coherente de responder a la preocupación del Sr. Kamto sería suprimir todos los ejemplos.

13. El Sr. KAMTO, afirmando que es indispensable establecer una distinción clara entre el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, indica que, al comienzo del párrafo 2, habría que aclarar que se procede por analogía, a fin de no dar la impresión de que, en opinión de la Comisión, el régimen convencional relativo al genocidio se aplica indistintamente a los crímenes de lesa humanidad.

14. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que, si bien comprende esa preocupación, no ve la necesidad de aclarar al comienzo del párrafo 2 que la Comisión procede por analogía, pues ello se desprende implícitamente del párrafo 1.

15. El Sr. KITTICHAISAREE, que dice estar de acuerdo con el Sr. Kamto en la importancia de distinguir claramente el crimen de genocidio de los crímenes de lesa humanidad, propone, a fin de evitar cualquier riesgo de confusión, que se suprima el párrafo 2, así como los párrafos siguientes dedicados a la jurisprudencia sobre 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).*

16. El Sr. FORTEAU, apoyado por el Sr. TLADI, propone, para atender a las preocupaciones expresadas por el Sr. Kamto y el Sr. Kittichaisaree, que se añada al final del párrafo 1 la oración siguiente: «Esos instrumentos convencionales también son una fuente de inspiración útil para definir la obligación de prevención aplicable a los crímenes de lesa humanidad como tales».

17. El Sr. KAMTO dice que está de acuerdo con la propuesta del Sr. Forteau. Otra posibilidad sería suprimir simplemente la expresión «por tanto» que figura al principio de la última oración del párrafo 1 e insertarla al comienzo del párrafo 2.

18. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que no le convence la propuesta del Sr. Forteau, porque la oración que sugiere añadir parece indicar que únicamente los instrumentos relativos a actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad son una fuente de inspiración para definir la obligación de prevención establecida en el proyecto de artículo 4, cuando hay otros tratados sin relación directa con los crímenes de lesa humanidad que también merecen ser tomados en consideración. En cambio, la otra posibilidad propuesta por el Sr. Kamto le parece aceptable. El orador se opone categóricamente a la supresión del párrafo 2 propuesta por el Sr. Kittichaisaree, ya que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, que contiene disposiciones muy importantes en materia de prevención, constituye una referencia fundamental al abordar el tema del artículo 4, y el análisis del párrafo 2 sirve como introducción para el examen posterior de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre 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)*.

19. El Sr. FORTEAU señala que el nuevo nexo entre los párrafos 1 y 2 propuesto por el Sr. Kamto y aceptado por el Relator Especial parece dar a entender, en particular con la inserción de la expresión «por tanto» al comienzo del párrafo 2, que los tratados mencionados en el párrafo 1 se aplican a los crímenes de lesa humanidad, lo que pone en tela de juicio el sentido general del comentario del proyecto de artículo 4.

20. El Sr. KITTICHAISAREE propone modificar el principio del párrafo 2 para que rece como sigue: «El primer ejemplo importante de la obligación de prevención puede encontrarse en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, que establece…».

21. El Sr. MURPHY (Relator Especial) se hace eco de la propuesta del Sr. Kittichaisaree, que considera que debería satisfacer la preocupación del Sr. Forteau.

22. El PRESIDENTE propone reemplazar la expresión «El primer ejemplo» por «Uno de los primeros ejemplos».

23. El Sr. PETRIČ, señalando que no hay duda de la pertinencia del análisis de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, para el comentario del proyecto de artículo 4 y que el párrafo 2 está dedicado íntegramente a esa Convención, insiste en que se mantenga la referencia al genocidio que figura en el párrafo 1.

24. El PRESIDENTE propone dejar provisionalmente en suspenso los párrafos 1 y 2 a fin de que el Relator Especial pueda celebrar consultas con los miembros que han formulado propuestas al respecto y retomar el tema en algún momento posterior de la sesión.

Así queda acordado.

Párrafo 3

25. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que solo dos de los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo se refieren a delitos transnacionales en el sentido estricto del término —la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños—, mientras que todos los demás están relacionados con infracciones que pueden describirse como internacionales o de interés internacional. Por lo tanto, propone reemplazar, en la primera oración, el término «transnacionales» por «internacionales» o «de interés internacional».

26. El Sr. ŠTURMA propone añadir una nota a pie de página para explicar que la expresión «delitos transnacionales» alude a los delitos de interés internacional no englobados en la categoría de los crímenes más graves.

27. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que los tratados multilaterales sobre delitos interesan necesariamente a diversos Estados y que el adjetivo «transnacionales» podría sencillamente suprimirse.

28. El Sr. HMOUD, que apoya esa sugerencia, destaca que conviene hacer una distinción entre los delitos de interés internacional y los delitos internacionales.

29. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, como el Sr. Šturma, no considera que esos actos guarden relación con los crímenes más graves y que, si ha propuesto reemplazar el término «transnacionales» por «internacionales», es porque el término empleado en la versión en español es «delitos» y no «crímenes». La oradora también apoya la propuesta del Relator Especial de suprimir el adjetivo «transnacionales».

30. El Sr. FORTEAU apoya la propuesta del Relator Especial, pero señala que algunos instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el párrafo se refieren a actos que pueden considerarse delitos internacionales relacionados con los crímenes más graves (*apartheid*, tortura y desapariciones forzadas).

31. El Sr. KITTICHAISAREE dice que la tortura y las desapariciones forzadas se consideran actualmente crímenes de lesa humanidad. Propone reemplazar la expresión «delitos transnacionales» por «delitos que representan un motivo de grave preocupación para la comunidad internacional».

32. El Sr. MURPHY (Relator Especial) propone que la Comisión suprima el adjetivo «transnacionales», ya que no es imprescindible especificar el carácter de los delitos en cuestión y que la expresión «tratados multilaterales que se refieren a delitos» permite abarcar todos los tipos de instrumento enumerados en ese párrafo.

Queda aprobado el párrafo 3 en su forma enmendada.

Párrafo 4

33. El Sr. FORTEAU, apoyado por Sir Michael WOOD, dice que el párrafo 4 debería suprimirse, ya que los instrumentos que se citan en él solo guardan una remota relación con el tema del proyecto de artículos y las notas a pie de página segunda y penúltima del párrafo 4 no se refieren realmente a la obligación de prevención.

34. El Sr. MURPHY (Relator Especial) recuerda que la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y la labor de los órganos creados en virtud de tratados han sido examinadas en sesión plenaria y en el Comité de Redacción, y que los debates han puesto de manifiesto que las interpretaciones de esos tribunales y órganos permiten entender mejor en qué consiste la obligación de prevención. Así pues, convendría mantener ese párrafo tal como está.

35. La Sra. JACOBSSON, la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ y el Sr. SABOIA también se muestran a favor de mantener ese párrafo.

36. El Sr. FORTEAU considera que el paralelismo que se establece en ese párrafo con los instrumentos internacionales de derechos humanos puede inducir a error al lector y darle la impresión de que las normas relativas a los crímenes de lesa humanidad y las de derechos humanos se entremezclan y están en el mismo plano. Además, el alcance de la obligación de impedir los crímenes de lesa humanidad y el genocidio es mucho mayor que el de la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos. Convendría suprimir también el párrafo 16, pues se aparta demasiado del tema de la prevención de los crímenes internacionales más graves. En términos generales, el orador considera que establecer de manera sistemática una analogía entre las normas sobre los crímenes internacionales más graves y las normas de protección de los derechos humanos implica nivelar a la baja la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad, razón por la cual se deberían suprimir los párrafos 4 y 16 del comentario.

37. El Sr. WAKO dice que los párrafos 4 y 16 deberían mantenerse y que incluso habría que añadir la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos a la lista de instrumentos citados en el párrafo 16.

38. El Sr. KAMTO considera que la referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos es útil e incluso puede reforzar la argumentación. En efecto, si existe la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos, existirá aún más la obligación de prevenir los crímenes internacionales más graves, ya que constituyen violaciones de los derechos humanos. Así pues, el orador está a favor de que se mantenga ese párrafo.

39. El Sr. NOLTE, aunque entiende la preocupación del Sr. Forteau, también considera que se debería mantener el párrafo, ya que el segmento «pese a no centrarse en la prevención y la sanción de los delitos mismos» permite evitar toda confusión entre las normas sobre los crímenes internacionales más graves y las normas de derechos humanos. No obstante, a fin de atender a esas preocupaciones, propone que se suprima el adjetivo «graves» que figura en la primera oración. Además, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el alcance de la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos no es necesariamente más limitado que el alcance de la obligación de prevenir los delitos internacionales, pues no siempre se limita al territorio de un Estado.

40. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. Forteau, el Sr. Kittichaisaree, el Sr. Murphy (Relator Especial) y el Sr. Kamto, el PRESIDENTE sugiere modificar el párrafo de acuerdo con la propuesta del Sr. Nolte.

Queda aprobado el párrafo 4 con la enmienda propuesta por el Sr. Nolte.

Párrafos 5 a 7

Quedan aprobados los párrafos 5 a 7.

Párrafo 8

41. El Sr. NOLTE propone suprimir la última oración, que puede prestarse a confusión y cuya utilidad no está clara.

42. El Sr. KITTICHAISAREE señala que la obligación del Estado de adoptar medidas preventivas es una obligación de conducta y que bastaría con indicarlo expresamente para resolver la dificultad planteada por el Sr. Nolte.

43. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que la última oración se ha añadido para reflejar los matices del debate mantenido en el Comité de Redacción y que no tiene ninguna objeción a su supresión, aunque, para atender a la preocupación del Sr. Nolte, también se podría reemplazar la expresión «está obligado a» por el término «puede».

44. El Sr. KOLODKIN desearía mantener esa oración, que trata una cuestión importante y que se hace eco además de lo que se dice en la frase introductoria del proyecto de artículo 4, a saber, que «[t]odo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional». Según lo propuesto por el Sr. Kittischaisaree, podría especificarse que la obligación de prevención es una obligación de conducta.

45. El Sr. KAMTO apoya la propuesta del Sr. Kolodkin. La modificación propuesta por el Relator Especial no le parece apropiada, ya que se alteraría el sentido de esa frase si se aceptara.

46. El Sr. TLADI considera que la última oración debería mantenerse como está.

47. El Sr. FORTEAU señala que la supresión de esa oración no sería tan inoportuna, puesto que la obligación de conducta que se establece en ella ya se menciona explícitamente en el párrafo 12.

48. El Sr. NOLTE está de acuerdo con el Sr. Kamto en que, si se aceptara, la modificación propuesta por el Relator Especial debilitaría considerablemente la última oración. Al mismo tiempo, el Sr. Forteau tiene razón al subrayar que la obligación en cuestión también se establece en el párrafo 12, de modo que se podría, como solución de compromiso, mantener la oración y añadir una nota a pie de página que remita a ese párrafo. Así se eliminaría cualquier ambigüedad en cuanto a la naturaleza de la obligación de prevención vinculante para el Estado y que, como ha indicado el Sr. Kittichaisaree, es una obligación de conducta.

49. El Sr. KAMTO, apoyado por el Sr. ŠTURMA, apoya la propuesta del Sr. Nolte, que le parece un compromiso aceptable.

50. El Sr. MURPHY (Relator Especial) propone que se modifique la última oración para que rece como sigue: «Solo se espera del Estado que tome las medidas que legalmente pueda adoptar según el derecho internacional para prevenir los crímenes de lesa humanidad».

Queda aprobada la propuesta.

Queda aprobado el párrafo 8 en su forma enmendada.

51. El PRESIDENTE invita al Sr. Murphy (Relator Especial) a retomar el examen de los párrafos 1 y 2 del comentario del artículo 4, que había quedado pendiente.

Párrafos 1 y 2 (*conclusión*)

52. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que, después de las consultas celebradas con los miembros interesados, propone mantener el término «genocidio» en el párrafo 1 y modificar el párrafo 2 para que diga lo siguiente: «Ya se encuentra un ejemplo significativo de la obligación de prevenir en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que establece…». El adjetivo «transnacionales» también podría suprimirse en el párrafo 3.

Quedan aprobadas esas propuestas.

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3 en su forma enmendada.

Párrafo 9

53. El Sr. FORTEAU propone suprimir la nota a pie de página del final de la tercera frase del párrafo 9, que plantea problemas porque da a entender que lo que establece la Corte Internacional de Justicia 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)* no se aplica necesariamente a los crímenes de lesa humanidad y que la obligación de prevención no implicaría la prohibición de que el propio Estado cometa esos actos ilícitos.

Queda aprobada esa propuesta.

Queda aprobado el párrafo 9 en su forma enmendada.

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafo 11

54. Tras un debate en el que participan el Sr. Forteau, el Sr. Šturma, el Sr. Hmoud, el Sr. Murphy (Relator Especial) y el Sr. Kittichaisaree, el PRESIDENTE propone que se suprima el término «tradicional» que figura al final de la tercera oración.

Queda aprobado el párrafo 11 en su forma enmendada.

Párrafos 12 y 13

Quedan aprobados los párrafos 12 y 13.

Párrafo 14

55. El Sr. FORTEAU propone suprimir las oraciones segunda y tercera de la nota a pie de página, que hacen referencia a la decisión de la Corte de Justicia de la CEDEAO, ya que esa decisión, que se refiere al derecho ambiental, no es pertinente para el tema que ocupa a la Comisión.

Queda aprobada esa propuesta.

Queda aprobado el párrafo 14 en su forma enmendada.

Párrafo 15

Queda aprobado el párrafo 15.

Párrafo 16

56. El Sr. KAMTO, hablando en nombre del Sr. Wako que ha tenido que ausentarse, dice que el párrafo debería

referirse a los instrumentos jurídicos internacionales de todas las regiones, incluida la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Hablando en nombre propio, el orador señala a la atención de los miembros la nota a pie de página en la segunda frase, en relación con la cual considera que no basta con hacer referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin indicar que, en lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, la Comisión no pretende limitar la obligación de prevención que recae en los Estados. El orador sugiere aclarar que el proyecto de artículo no se propone introducir ninguna limitación de ese tipo.

57. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que esa parte del comentario se refiere al proyecto de artículo 4 *a*. La cita mencionada en la nota a pie de página simplemente refleja la idea de que, en teoría, los Estados pueden hacer muchas cosas, pero, en la práctica, no pueden adoptar todas las medidas posibles e imaginables. Así pues, la nota a pie de página indica expresamente que la obligación de prevención no debe imponer una carga excesiva a los Estados.

58. El Sr. FORTEAU dice que, si se considera que la referencia a los instrumentos de derechos humanos es pertinente, es necesario explicar cuáles son las normas de derechos humanos aplicables, sin omisiones. De lo contrario, debería suprimirse el párrafo 16. Si se mantiene el párrafo 16, convendría mantener la nota a pie de página *in extenso*.

59. El Sr. TLADI dice que está convencido por los argumentos expuestos por el Sr. Murphy. En cuanto a la propuesta del Sr. Wako, si el párrafo no pretende centrarse únicamente en las decisiones judiciales, sino también en los propios instrumentos jurídicos, el orador considera que sería útil remitirse al artículo 1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que prevé la obligación de adoptar medidas legislativas o de otra índole.

60. El Sr. MURPHY dice que la finalidad del párrafo no es enumerar todos los instrumentos regionales, sino señalar a la atención la jurisprudencia en que se basa el concepto de obligación de prevenir. Dicho esto, el orador no se opone a que haya una referencia a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Queda aprobado el párrafo 16 con la modificación propuesta por el Sr. Tladi.

Párrafo 17

61. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que no está totalmente satisfecha con la penúltima oración y que desearía añadir un matiz, porque hay una diferencia clara entre los casos en que los actos enumerados entre paréntesis no quedan englobados en los crímenes de lesa humanidad y los casos en que los actos constituyen un crimen de lesa humanidad. Por ejemplo, es muy posible que, en un determinado ordenamiento jurídico nacional, la tortura se tipifique como delito pero no se defina como un crimen de lesa humanidad. Un «simple» acto de tortura, por desafortunada que sea la expresión, no tendrá las mismas consecuencias que un acto de tortura que constituya un crimen según el derecho internacional. Por tanto, la oradora propone añadir el texto «pese a la obligación de prevención, esos actos ilícitos también deben definirse como crímenes de lesa humanidad» o «pese a la obligación de prevención, esos actos ilícitos también deben considerarse crímenes de lesa humanidad». No basta con que un Estado tipifique la tortura como delito para cumplir su obligación de prevención. Además, la oradora considera que la oración que propone añadir está en plena consonancia con uno de los objetivos del proyecto de artículos, a saber, lograr cierta armonización de la legislación nacional en materia de prevención de los crímenes de lesa humanidad.

62. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que parece haber confusión entre varios elementos. El párrafo 17 versa sobre las medidas preventivas (es decir, programas de formación, políticas nacionales, etc.) y no sobre la aprobación por los Estados de legislación penal, cuestión que debería tratarse en otro proyecto de artículo en el segundo informe. Como se afirma en la penúltima oración, es muy posible que los Estados ya hayan puesto en marcha políticas y programas para prevenir la comisión de actos ilícitos por parte de sus agentes y que, por tanto, no haya necesidad de adoptar nuevas medidas para prevenir la comisión de actos ilícitos sistemáticos. El orador preferiría mantener el texto en su forma actual hasta que redacte un proyecto de artículo sobre la obligación de los Estados de adoptar legislación penal.

63. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que la afirmación principal de la oración, que dice que los actos mencionados (el homicidio, la tortura, etc.) ya están prohibidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, podría interpretarse en el sentido de que la prohibición de esos actos bastaría para satisfacer la obligación de prevención. Aunque la oradora considera, en efecto, que sería más apropiado abordar la cuestión de la aprobación de legislación penal nacional en otro proyecto de artículo, propone hacer más neutra la oración, modificándola para que diga lo siguiente: **«**Evidentemente, puede que esas medidas ya se hayan puesto en marcha en la mayoría de los Estados, en forma de programas relativos a actos ilícitos relacionados con crímenes de lesa humanidad (como el asesinato, la tortura o la violación)**»**.

64. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que el segmento de oración **«**ya están prohibidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales**»** se refiere a los actos ilícitos mencionados entre paréntesis y no a los crímenes de lesa humanidad. En respuesta a la preocupación de la Sra. Escobar Hernández, propone reemplazar **«**estas medidas**»** por **«**algunas medidas**»**.

65. El Sr. FORTEAU dice que, en la versión francesa, la expresión **«**a fin de reducir al mínimo la probabilidad de que se cometa el acto prohibido» [**«***de façon à réduire au minimum la probabilité que l'acte prohibé soit commis*»] da a entender que existiría un nivel mínimo aceptable en esos asuntos, y propone reemplazarla por una expresión basada en la empleada por la Corte Internacional de Justicia en el fallo dictado en 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)*, a saber, «con la

finalidad de prevenir los crímenes de lesa humanidad en la medida de lo posible».

66. El Sr. NOLTE propone reemplazar, en esa misma oración, la expresión «ya están prohibidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales» por «ya están sin duda prohibidos en todos los ordenamientos jurídicos nacionales» o «ya están prohibidos en los ordenamientos jurídicos nacionales», pues, por lo que sabe, el asesinato se define como un delito en todos los países, por lo que la redacción actual puede parecer un poco condescendiente.

67. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, si bien reemplazar la expresión «estas medidas» por «algunas medidas» responde en parte a su preocupación, sigue siendo escéptica con respecto a la última parte de la oración, que le parece incompatible con el punto 1 del párrafo, con arreglo al cual una obligación de esta índole en general obliga al Estado parte a aprobar legislación y políticas nacionales, según corresponda. La oradora preferiría que se adoptara una fórmula más sencilla, como «es posible que algunas de esas medidas ya estén en marcha en la mayoría de los Estados», y que se suprimiera la última parte de la oración a fin de evitar toda ambigüedad.

68. El Sr. NOLTE propone que se aplace la aprobación de ese párrafo hasta la próxima sesión y que la Comisión prosiga el examen del resto del texto.

Queda aprobada esa propuesta.

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18.

Párrafo 19

69. El Sr. PARK, apoyado por la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, subraya que es importante distinguir las organizaciones intergubernamentales de las no gubernamentales y propone añadir el adjetivo «intergubernamentales» después del término «organizaciones», y trasladar las palabras «el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja» al párrafo 20, relativo a las organizaciones no gubernamentales.

70. La Sra. JACOBSSON recuerda que el CICR no es una organización no gubernamental y que la Comisión ya ha debatido el tema de su condición y ha procurado no calificarlo como tal en su labor anterior. Los Estados tienen la obligación de cooperar con el CICR en virtud del derecho internacional humanitario. La situación es distinta en lo que respecta a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que es una entidad diferente.

71. El PRESIDENTE propone la formulación siguiente: «como las Naciones Unidas u otras entidades, tales como como el Comité Internacional de la Cruz Roja».

72. El Sr. MURPHY (Relator Especial) dice que pensaba evitar que se reabriera el debate sobre la condición del CICR empleando el término general «organizaciones» y mencionando más adelante, en el párrafo 20, los tres niveles de cooperación existentes, a saber: la cooperación con otros Estados, la cooperación con organizaciones intergubernamentales y la cooperación con organizaciones no gubernamentales.

73. El Sr. CAFLISCH dice que comparte la opinión de la Sra. Jacobsson y que no ve ninguna razón para modificar la redacción actual del párrafo.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

3284ª SESIÓN

Martes 4 de agosto de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. D, A/CN.4/686, A/CN.4/L.865)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) presenta el título y el texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, aprobados por el Comité de Redacción, que figuran en el documento A/CN.4/L.865 y disponen lo siguiente:

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Proyecto de artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[…]

f) Se entiende por «acto realizado a título oficial» un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Proyecto de artículo 6. Alcance de la inmunidad ratione materiae

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

---

[*] Reanudación de los trabajos de la 3278ª sesión.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

2. El Comité de Redacción dedicó tres sesiones al examen del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Examinó los dos proyectos de artículo propuestos inicialmente por la Relatora Especial en su cuarto informe (A/CN.4/686), junto con una serie de propuestas de modificaciones presentadas al Comité de Redacción por la Relatora Especial en respuesta a las sugerencias formuladas o las preocupaciones expresadas durante el debate en sesión plenaria. En el período de sesiones en curso, el Comité de Redacción aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 2 *f*, en el que se define la expresión «acto realizado a título oficial», y el proyecto de artículo 6, que delimita el alcance de la inmunidad *ratione materiae*.

3. Puesto que el Comité de Redacción trabajó en español, francés e inglés, el texto oficial de los proyectos de artículo remitidos al Comité de Redacción fue aprobado provisionalmente en esos tres idiomas.

4. El proyecto de artículo 2 *e* contiene una definición de la expresión «funcionario del Estado» que la Comisión aprobó en su 66º período de sesiones[326]. Habida cuenta de la aprobación de esa definición y del proyecto de artículo 5[327], que dispone que los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*, se expresaron dudas durante el debate en sesión plenaria sobre si era realmente necesario definir la expresión «acto realizado a título oficial». El Comité de Redacción decidió que sería útil hacerlo, dada la importancia del concepto en el régimen aplicable a la inmunidad *ratione materiae*, y estableció la definición de «acto realizado a título oficial» en el proyecto de artículo 2 *f*.

5. El Comité de Redacción prefirió el término «acto» a la palabra «conducta», pues se consideró que no era demasiado restrictivo y estaba en consonancia con la labor anterior de la Comisión sobre el tema. En el párrafo 5 del comentario del proyecto de artículo 4, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones[328], se ofrece una explicación detallada de la decisión de la Comisión de emplear el término «acto» en el contexto del presente tema. El Comité de Redacción consideró apropiado referirse a los actos «realizado(s) por un funcionario del Estado», que limita a los funcionarios del Estado el abanico de personas que disfrutan de inmunidad en el desempeño de sus funciones y crea una continuidad lógica con la definición de «funcionario del Estado» que figura en el proyecto de artículo 2 *e*.

6. Como propuso inicialmente la Relatora Especial, en el proyecto de artículo 2 *f* se enuncian tres características de un acto realizado a título oficial, a saber: la atribución del acto al Estado, el ejercicio de atribuciones del poder público por el funcionario del Estado y el vínculo existente entre el acto y la conducta delictiva en cuestión. El Comité de Redacción celebró un largo debate sobre la segunda característica. En su cuarto informe (A/CN.4/686), la Relatora Especial propuso inicialmente que se hiciera referencia a un funcionario del Estado «en ejercicio de atribuciones del poder público». Ese texto estaba inspirado en la formulación empleada en el capítulo II de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[329]; no obstante, algunos miembros de la Comisión señalaron en el debate en sesión plenaria que no se trata necesariamente de la fórmula más apropiada en el contexto del tema actual. Tras examinar otras propuestas, incluidas las expresiones «atribuciones del poder público» y «autoridad soberana», que en última instancia se consideraron demasiado limitadas, el Comité de Redacción optó por utilizar la expresión «autoridad estatal». No es demasiado restrictiva y debe entenderse que abarca a cualquier «individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales», como se establece en el proyecto de artículo 2 *e*. Se eligió el término «autoridad» en lugar de «función» para evitar un debate sobre si la comisión de un delito puede considerarse una función estatal. La elección de «autoridad estatal» no fue unánime y, según una opinión expresada en el Comité de Redacción, habría sido preferible referirse a «funciones estatales», pues se habría hecho hincapié en la noción de funciones desde el principio, destacando de ese modo el concepto de inmunidades funcionales y reflejando de manera más fidedigna el texto del proyecto de artículo 2 *e*. El Comité de Redacción decidió proceder a la aprobación del proyecto de artículo 2 *f*, en el entendimiento de que esa opinión se reflejaría en el comentario.

7. El Comité de Redacción también decidió suprimir de la definición de «acto realizado a título oficial» la referencia a su naturaleza penal. Pese a la importancia de ese aspecto en el contexto del presente tema, se considera que es innecesario para la definición y que puede inducir a confusión, ya que cabría interpretar erróneamente que cualquier acto oficial es, por su propia naturaleza, un acto delictivo. Esa referencia se suprimió en el entendimiento de que se ofrecería una explicación en el comentario en el sentido de que la naturaleza penal de un acto no lo inhabilita, en principio, como acto oficial.

8. Como propuso la Relatora Especial, se ha retenido la expresión «en ejercicio de». Se considera parte fundamental de la definición de «acto realizado a título oficial», por cuanto hace hincapié en que, para ser calificado como tal, el acto tiene que haber sido realizado por un funcionario del Estado y en ejercicio de la autoridad estatal.

9. El proyecto de artículo 6 se titula «Alcance de la inmunidad *ratione materiae*», como propuso inicialmente la Relatora Especial. Su propósito es establecer los elementos material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*. El Comité de Redacción ha modificado la estructura, invirtiendo el orden de los párrafos 1 y 2, a fin de destacar el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* y el hecho de que depende de la naturaleza del acto realizado antes de abordar su alcance temporal. El párrafo 3 se centra en la situación de los beneficiarios

[326] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 155.

[327] Ibíd., pág. 158.

[328] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 54.

[329] Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véase el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

de inmunidad *ratione personae*, de conformidad con el proyecto de artículo 4, pero en el contexto específico de la inmunidad *ratione materiae*.

10. El párrafo 1, tal como fue aprobado provisionalmente por el Comité, establece de manera clara y directa el alcance material de la inmunidad *ratione materiae*, que solo se aplica respecto de los actos realizados a título oficial. Permite establecer una distinción entre los tipos de acto a los que se aplica la inmunidad funcional y los que no, y complementa el proyecto de artículo 5, que determina la categoría de personas que pueden beneficiarse de esa inmunidad. Su claridad se ve potenciada por la definición de «acto realizado a título oficial» que figura en el proyecto de artículo 2 *f*. El texto convenido por el Comité de Redacción eludió emplear la expresión propuesta inicialmente, a saber, «ejercicio del cargo», que no es aplicable a todos los funcionarios del Estado y, por tanto, es engañosa. La formulación actual obvia la necesidad de hacer referencia al carácter de las funciones o del mandato de los funcionarios del Estado de que se trate. Se aprobó provisionalmente en el entendimiento de que, en una etapa posterior, tal vez sea necesario ajustarse más al proyecto de artículo 5, que alude a los funcionarios del Estado «cuando actúan en calidad de tales», y al proyecto de artículo 6, párrafo 1, que no utiliza esa expresión, sino que se refiere a los actos realizados a título oficial.

11. Un rasgo importante que refleja el párrafo 2 es que, a diferencia de lo que sucede con la inmunidad *ratione personae*, la inmunidad *ratione materiae* no se caracteriza por tener un alcance temporal estricto. Su redacción se inspira en el texto de los instrumentos internacionales pertinentes, en particular el artículo 39, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y el artículo IV, sección 12, de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946. El término «subsistirá» trata de describir el funcionamiento de la inmunidad *ratione materiae* a lo largo del tiempo. Los funcionarios del Estado pueden beneficiarse de esa inmunidad a partir de una determinada fecha tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato, ya que la inmunidad *ratione materiae* se refiere al acto, y no a la persona, a diferencia de la inmunidad *ratione personae*. La expresión «hayan dejado de ser funcionarios del Estado» también se basa en los mismos instrumentos internacionales. Por último, el Comité de Redacción decidió emplear el término «individuos» para reflejar la definición de «funcionario del Estado» que figura en el proyecto de artículo 2 *e*.

12. El párrafo 3 se refiere a la situación específica de la inmunidad aplicable a los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado. Dado que el párrafo 3 parece aplicar las dos disposiciones anteriores a esa situación concreta y el proyecto de artículo 4, párrafo 3, ya se refiere a la relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, aunque solo en forma de una cláusula «sin perjuicio», se planteó si el contenido del párrafo 3 debería incluirse en el texto del proyecto de artículo o explicarse en el comentario correspondiente. Observando que la situación de la que se ocupa no es totalmente similar a la abordada en los párrafos 1 y 2, y habida cuenta de su importancia práctica, el Comité de Redacción decidió que era preferible mantener la disposición en el propio proyecto de conclusión.

13. La versión del párrafo 3 propuesta inicialmente por la Relatora Especial también dio lugar a un debate en el Comité de Redacción sobre la relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Algunos miembros señalaron que los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* también pueden gozar de inmunidad *ratione materiae* durante su mandato y que, en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, podían tener interés en hacer valer la inmunidad *ratione materiae* en lugar de la inmunidad *ratione personae*. La Relatora Especial y otros miembros señalaron que los comentarios ya aprobados por la Comisión sobre el tema transmitían la opinión de que la inmunidad *ratione materiae*, *stricto sensu*, solo se aplica una vez concluido el mandato de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Dejando a un lado esa interesante cuestión teórica, hubo acuerdo general en el Comité de Redacción en que la finalidad del párrafo 3 es aclarar, en términos operacionales, el régimen aplicable a las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* después del final de su mandato. Una vez más, la formulación empleada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas se considera particularmente útil para describir ese régimen. Al igual que las disposiciones pertinentes de esas dos Convenciones, el texto del párrafo 3 no califica la inmunidad de la que se benefician los funcionarios después de su mandato. Como indicó la Comisión en su comentario al proyecto de artículo 4, la inmunidad *ratione personae* se aplica por igual a los actos oficiales y los actos privados, mientras que la inmunidad *ratione materiae* solo abarca los actos realizados a título oficial. La continuidad de la inmunidad después del mandato, abordada en el proyecto de artículo 6, párrafo 3, solo es pertinente, por definición, con respecto a los actos realizados a título oficial.

Aplicación provisional de los tratados (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. G, A/CN.4/676, A/CN.4/687)

[Tema 6 del programa]

Informe provisional del Comité de Redacción

14. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción celebró tres reuniones sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados. No obstante, por falta de tiempo, no pudo concluir el examen de los seis proyectos de directriz remitidos por la Comisión. Por tanto, presentará un informe provisional sobre los progresos realizados en el Comité de Redacción hasta el momento. El Comité de Redacción retomará el examen del proyecto de directrices en el 68º período de sesiones de la Comisión.

15. Además de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/687), el Comité de Redacción tuvo ante sí una serie

[*] Reanudación de los trabajos de la 3279ª sesión.

de proyectos de directriz revisados, en los que el Relator Especial incorporó las diversas opiniones expresadas y las propuestas de redacción formuladas durante el debate en sesión plenaria. También tuvo ante sí una propuesta del Relator Especial de nuevos proyectos de directriz, que, tras las sugerencias hechas en el debate en sesión plenaria, podrán complementar adecuadamente los que ya figuraban en su tercer informe. El Comité de Redacción llevó a cabo su labor sobre la base de esas nuevas propuestas y, en el tiempo de que dispuso, aprobó provisionalmente tres proyectos de directriz. A efectos puramente informativos, presenta el texto y título de los tres proyectos de directriz, que dicen lo siguiente:

Proyecto de directriz 1. Alcance

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados.

Proyecto de directriz 2. Propósito

El propósito del presente proyecto de directrices es brindar orientación con respecto al derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, sobre la base del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional.

Proyecto de directriz 3. Regla general

Un tratado o una parte de un tratado puede ser aplicado provisionalmente, en espera de su entrada en vigor, si el propio tratado así lo dispone o se ha convenido en ello de otro modo.

16. El Comité de Redacción examinó y aprobó en primer lugar el proyecto de directriz 3, que se basa en el proyecto de directriz 1 inicialmente propuesto por el Relator Especial en su tercer informe. El Comité consideró que, dado el carácter introductorio del proyecto de directriz, sería útil complementarlo con dos proyectos de directriz, titulados «Alcance» y «Propósito», respectivamente, siguiendo la práctica habitual de la Comisión. Ese último se formuló a partir de las sugerencias hechas durante el debate en sesión plenaria y como corolario necesario a la propuesta del Relator Especial de formular una disposición que estableciera la regla general sobre la aplicación provisional de los tratados. A continuación, el Comité de Redacción modificó el orden de los proyectos de directriz, de manera que abordasen consecutivamente el alcance, el propósito y la regla general aplicable al proyecto, orientándolo de manera adecuada y reflejando el proyecto de directriz 1 original del Relator Especial.

17. Durante el debate en sesión plenaria se propuso que la Comisión aprobara proyectos de conclusión y no de directriz, en consonancia con un enfoque adoptado en relación con otros temas examinados por la Comisión. Tras reflexionar al respecto, el Comité de Redacción decidió seguir elaborando provisionalmente proyectos de directriz. Se considera que la finalidad de la labor, en particular como se describe en la sinopsis que figura en el anexo del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63er período de sesiones[330], es orientar a los Estados que desean aplicar tratados provisionalmente y que la elaboración de un texto en forma de proyecto de directrices es más adecuada para tal fin.

18. Se examinaron dos cuestiones en relación con el proyecto de directriz 1, titulado «Alcance». En primer lugar, cuál es el verbo más apropiado para el proyecto de directriz. Tras descartar los verbos «aborda» y «se aplica a», el Comité de Redacción optó finalmente por «se refiere a», que considera más adecuado para proyectos de directriz que solo pretenden ofrecer orientación a los Estados.

19. La segunda cuestión se refiere a la posibilidad de añadir la expresión «por los Estados y las organizaciones internacionales» al final de la oración. Esta dio lugar a un dilatado debate sobre la conveniencia de incluir a las organizaciones internacionales en el ámbito del proyecto en la etapa actual. Al resumir el debate, el Relator Especial indicó su intención de abordar en primer lugar la aplicación provisional por los Estados, de conformidad con el deseo expresado por algunos miembros de la Comisión, y retomar la aplicación provisional por las organizaciones internacionales en una etapa posterior. El Comité de Redacción decidió que la matización propuesta no era necesaria en la etapa actual, en particular en el contexto de una disposición relativa al alcance, que aspiraba a aplicarse al conjunto de los proyectos de directriz. Es preferible tratar esa cuestión en el comentario, aclarando que, pese a la intención del Relator Especial de centrarse en primer lugar en los Estados, los tratados que cuentan entre sus participantes con organizaciones internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no quedarán por ello excluidos automáticamente del alcance del proyecto de directrices. Lo mismo cabe decir de la práctica de las organizaciones internacionales, como la Unión Europea, en relación con la aplicación provisional de los tratados, como se indica en el anexo del tercer informe del Relator Especial.

20. Con respecto al proyecto de directriz 2, el Comité de Redacción examinó el fondo del texto sobre la base de una propuesta anterior del Relator Especial relativa a la inserción de un segundo párrafo en la disposición sobre el alcance. Aunque se contempló la posibilidad de incluir esa disposición en el proyecto de directriz 3, se consideró preferible presentarla como un proyecto de directriz independiente, titulado «Propósito», en consonancia con la práctica habitual de la Comisión.

21. La versión inicial del proyecto de directriz 2 se basa en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, que establece la regla general sobre la aplicación provisional de los tratados. Aunque nadie discutió la importancia de ese artículo, se formularon diversas críticas sobre el texto propuesto inicialmente referente a su falta de precisión con respecto a la aplicación provisional de los tratados en que las organizaciones internacionales son parte y al hecho de que las normas de derecho internacional, como las normas de derecho internacional consuetudinario, podrían ser aplicables. Además, se señaló que el artículo 25 no refleja necesariamente todos los aspectos de la práctica actual sobre la aplicación provisional de los tratados.

22. El proyecto de directriz 2 fue reformulado en consonancia con las disposiciones relativas al «propósito» que la Comisión incluye en muchos de sus textos, y la referencia hecha en una versión anterior al término «guía» se sustituyó por la palabra «orientación». Del mismo modo, la expresión «régimen jurídico de» se sustituyó

[330] Véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), anexo III, págs. 219 y ss.

por «el derecho y la práctica relativos a». La última cláusula también se modificó para que dijera «y otras normas de derecho internacional», lo que prevé expresamente la aplicabilidad de las normas de derecho internacional consuetudinario. El proyecto de directriz 2 dispone que el propósito del proyecto de directrices es brindar orientación «sobre la base» del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 y otras normas de derecho internacional, a fin de poner de relieve que el artículo 25 es el punto de partida de la labor de la Comisión sobre el tema.

23. El proyecto de directriz 3 (Regla general) establece la regla general sobre la aplicación provisional de los tratados. El Comité de Redacción trabajó a partir de la propuesta revisada del Relator Especial, que tenía en cuenta las sugerencias formuladas en el debate en sesión plenaria. Al elaborar el proyecto de directriz, la Comisión quiso alinearse en la mayor medida posible con el texto del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Consideró que la referencia de ese artículo a «en espera de su entrada en vigor» debía entenderse a tenor del artículo 24 de la Convención, que abarca tanto la entrada en vigor del tratado propiamente dicha como la entrada en vigor del tratado para cada Estado que consiente en quedar obligado. Tras estudiar diversas alternativas de redacción, el Comité decidió mantener provisionalmente la formulación general «entrada en vigor» y examinar otras soluciones en el contexto de una posible directriz futura sobre la cuestión.

24. Las cláusulas del comienzo y el final del proyecto de directriz fueron objeto de un importante debate. La cuestión radicaba en determinar cuál era la mejor manera de tener en cuenta tanto a los Estados que pueden aplicar provisionalmente un tratado como a los Estados cuyo consentimiento es necesario para la aplicación provisional. La cláusula inicial, que establece que un tratado o una parte de él podrá aplicarse provisionalmente, proviene del encabezamiento del párrafo 1 del artículo 25, pero no especifica qué Estados pueden aplicar provisionalmente el tratado. La propuesta inicial revisada del Relator Especial se refería a un Estado que aplicaba provisionalmente un tratado o una parte de él, sin aclarar la relación del Estado con respecto al tratado. El Comité de Redacción mantuvo un dilatado debate acerca de si esa referencia debía matizarse aludiendo a un grupo de Estados más específico, como los Estados negociadores, o si, haciéndose eco de la práctica contemporánea, el proyecto de directriz debía reconocer la posibilidad de la aplicación provisional por Estados que no fueran Estados negociadores.

25. Algo parecido se planteó en relación con la cláusula final, que en la propuesta revisada del Relator Especial hacía referencia al acuerdo de los Estados. Una vez más, la cuestión radicaba en determinar si se debía retomar la postura del artículo 25, que limita el acuerdo a los Estados negociadores, o tener en cuenta la práctica contemporánea, por ejemplo, los casos de aplicación provisional acordada solo por algunos Estados negociadores o por Estados que no habían sido negociadores, pero que posteriormente se adhirieron al tratado. Al Comité de Redacción le preocupaba que una formulación amplia pudiera llevar a interpretar que un tercer Estado sin relación alguna con el tratado puede aplicarlo provisionalmente.

26. La solución adoptada por el Comité de Redacción fue optar por una formulación, tanto para la cláusula inicial como para la final, que no especifica el tipo de Estados a los que concierne. La disposición se redactó en voz pasiva y simplemente reafirma la regla básica, en el caso de la primera cláusula, de que un tratado o una parte de él puede ser aplicado provisionalmente y, en la cláusula final, que, además de la situación en que el propio tratado prevé expresamente la aplicación provisional, esa aplicación también puede tener lugar si se conviene en ello de otro modo. El texto se aprobó en el entendimiento de que en el comentario se abordaría el hecho de que la práctica contemporánea ha puesto de manifiesto la aplicación provisional de los tratados por diversos grupos de Estados, tal vez de una manera no prevista por completo por los redactores del artículo 25, lo que hace imposible adoptar una postura definitiva en el texto del propio proyecto de directriz.

27. El Comité de Redacción examinó una propuesta sobre un segundo párrafo para el proyecto de directriz, que hacía referencia al derecho interno, destacando su posible pertinencia en los casos en que la cláusula del tratado aludía específicamente a los requisitos del derecho interno o condicionaba a estos el alcance o el contenido de la aplicación provisional. El Comité decidió que era mejor tratar la cuestión en uno de los futuros proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial, posiblemente en un proyecto de directriz independiente.

28. Las versiones en inglés y en francés de la declaración del Presidente del Comité de Redacción se publicarán en el sitio web de la Comisión[331] a su debido tiempo.

29. El Sr. CANDIOTI dice que en el capítulo pertinente del informe anual de la Comisión se debería indicar la publicación de la declaración en el sitio web.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VII. *Crímenes de lesa humanidad* (conclusión) (A/CN.4/L.860 y Add.1)

30. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen de la parte del capítulo VII que figura en el documento A/CN.4/L.860/Add.1.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión*)

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión*)

Comentario del proyecto de artículo 4 (Obligación de prevención) (*conclusión*)

Párrafo 17 (*conclusión*)

31. El Sr. MURPHY (Relator Especial), recordando las preocupaciones que se habían planteado el día anterior con respecto a la tercera oración, propone, tras celebrar consultas con otros miembros, que se sustituya por las dos oraciones siguientes: «Es posible que ya existan

[331] Véase el sitio web de la Comisión, sección *Analytical Guide*: https://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml.

en el Estado algunas medidas, tales como programas de formación, para ayudar a prevenir actos ilícitos (como el homicidio, la tortura o la violación) que están relacionados con los crímenes contra la humanidad. El Estado está obligado a complementar esas medidas, según sea necesario, para prevenir específicamente los crímenes de lesa humanidad». Recuerda también que el Sr. Forteau propuso que, al final del párrafo, la expresión «*to minimize the likelihood of the proscribed act being committed*» se reemplazara por «*in order to prevent as far as possible crimes against humanity*». Por último, el orador propone que el término «parte» se suprima en la última oración.

Queda aprobado el párrafo 17 con las enmiendas introducidas.

Párrafos 19 y 20

Quedan aprobados los párrafos 19 y 20.

Párrafo 21

32. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que, en el texto en español, la última oración debería modificarse para que se lea como sigue: «Se ha empleado la expresión “tales como” para destacar que los ejemplos citados no pretenden ser exhaustivos».

Queda aprobado el párrafo 21 con la enmienda introducida en la versión española.

Párrafos 22 y 23

Quedan aprobados los párrafos 22 y 23.

Queda aprobado el comentario del proyecto de artículo 4 en su totalidad, con las enmiendas introducidas.

Queda aprobada la sección C en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo VII del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad, con las enmiendas introducidas.

Capítulo VIII. *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (A/CN.4/L.861 y Add.1)

33. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el capítulo VIII del proyecto de informe, empezando por la parte del capítulo que figura en el documento A/CN.4/L.861.

A. Introducción

Párrafos 1 a 5

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafo 6

34. El Sr. NOLTE (Relator Especial) sugiere que, al final de la primera oración, se añada «y se proponía un proyecto de conclusión 11 sobre esa cuestión». También propone que, en la última oración, después de «en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*» se inserte «y *b*, así como el artículo 32».

Queda aprobado el párrafo 6 con las enmiendas introducidas.

Párrafos 7 y 8

Quedan aprobados los párrafos 7 y 8.

Párrafos 9 y 10

Quedan aprobados los párrafos 9 y 10, sin perjuicio de que la Secretaría complete los datos que faltan.

Queda aprobada la sección B con las enmiendas introducidas.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de conclusión

Párrafo 11

35. El Sr. McRAE dice que, tanto en el epígrafe 1 como en la primera oración del párrafo 11, el término «artículo» debería reemplazarse por «conclusión».

Quedan aprobados el epígrafe 1 y el párrafo 11 en su forma enmendada.

36. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar la parte del capítulo VIII que figura en el documento A/CN.4/L.861/Add.1.

2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

Comentario del proyecto de conclusión 11 (Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales)

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

37. El Sr. McRAE dice que le preocupa la duda expresada acerca de si los artículos sustantivos de un tratado por el que se establece una organización también deben interpretarse como parte del instrumento constitutivo de esa organización, que no refleja plenamente la posición de la Comisión expuesta en el debate en sesión plenaria. El orador agradecería que se aclarase la especial pertinencia en ese sentido del duodécimo informe sobre las reservas a los tratados[332], citado en la primera nota a pie de página del párrafo 3, ya que no ha podido localizar los párrafos 255 a 257. La sexta oración del párrafo 3 da a entender, sin fundamentación suficiente, que las normas sustantivas de un tratado que contiene un instrumento constitutivo deben interpretarse exactamente de la misma manera que las normas que forman parte del instrumento constitutivo por el que se establece la institución en cuestión. Ello tampoco

[332] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584.

se deduce de la oración que la precede. Así pues, la oración debería suprimirse o modificarse para que diga: «El instrumento constitutivo de una organización internacional puede contener normas tanto institucionales como sustantivas». Esa fórmula es correcta desde el punto de vista descriptivo y no da a entender que el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas debe interpretarse como si fuera parte de un instrumento constitutivo y, por lo tanto, interpretarse de forma diferente a otras normas de derecho internacional.

38. El Sr. NOLTE (Relator Especial) explica que la nota a pie de página en la segunda frase hace referencia a la versión preliminar del duodécimo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/584 y Corr.1) que se encuentra en el sitio web del Sistema de Archivo de Documentos de las Naciones Unidas[333]. En la versión corregida que puede consultarse en el sitio web de la Comisión, los números de párrafo pertinentes son el 75, el 76 y el 77. En ese informe, el Relator Especial sobre las reservas a los tratados abordó, en efecto, la cuestión planteada por el Sr. McRae, y las opiniones que expresó en las dos primeras oraciones del párrafo 75 y las dos primeras oraciones del párrafo 77 parecen apoyar la propuesta que figura en el proyecto de conclusión 11. Durante el debate mantenido en el Comité de Redacción, se le pidió que fundamentara el contenido del comentario y ese es el propósito de la nota a pie de página, que se compromete a corregir. Trató de tener en cuenta la posibilidad de que algunos instrumentos constitutivos, como el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, no abarcaran las diferentes obligaciones sustantivas de la organización en cuestión.

39. El Sr. FORTEAU dice que comparte la inquietud del Sr. McRae. La referencia al artículo II del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio es confusa porque en ese artículo no se menciona la interpretación. En términos generales, el razonamiento del párrafo 3 es difícil de seguir, en especial porque el proyecto de conclusión 11 no extrae conclusiones respecto de la diferencia entre una norma sustantiva y una norma institucional. Por ese motivo, solo debería mantenerse la primera oración del párrafo 3.

40. El Sr. MURPHY dice que la explicación del Relator Especial no deja claro si la posición expresada por el Relator Especial sobre las reservas a los tratados en los párrafos que se han citado ha sido respaldada plenamente por la Comisión. A él también le confundió la sexta oración del párrafo 3, ya que parece repetir simplemente lo que se dice en la segunda oración; de ser así, podría suprimirse. Si, por el contrario, el propósito de la oración es indicar que algunas organizaciones son competentes para actuar con respecto a las normas tanto institucionales como sustantivas, ello debería indicarse con más claridad, aunque es discutible si esa opinión es objetivamente correcta. Si esa frase se cambia o elimina, la última oración también tendrá que modificarse.

41. Sir Michael WOOD dice que está de acuerdo con los oradores anteriores en que convendría terminar el párrafo 3 al final de la primera oración. El artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 se refiere a las reservas, que es un contexto diferente. Si se mantiene la nota a pie de página en la segunda frase, debería hacerse alusión al proyecto de directriz pertinente y su comentario correspondiente. La cuarta oración es bastante amplia, general y oscura, por lo que debería suprimirse. La cita del artículo II, párrafo 1, del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio no parece particularmente pertinente, ya que no se refiere a la interpretación. El ejemplo del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas mencionado por el Sr. McRae es particularmente elocuente. En conjunto, el orador se hace eco de la propuesta del Sr. Forteau.

42. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que el párrafo no se refiere a la interpretación como tal; explica qué se entiende por «instrumento constitutivo». La Comisión aborda esa cuestión en el contexto del artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. Aunque el contexto era distinto, el concepto es el mismo. El orador no ve razón alguna por la que la expresión «instrumento constitutivo» debiera tener significados diferentes en el artículo 5 y el artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. Es mucho lo que depende de ese significado. En la nota a pie de página al final de la tercera frase figura una referencia a la directriz 2.8.8 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados[334], que está en consonancia con las opiniones expresadas en el duodécimo informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados. Aunque no desea eliminar la esencia del párrafo 3, está dispuesto a modificar la sexta oración para que diga lo siguiente: «El instrumento constitutivo de una organización internacional contiene normas tanto institucionales como sustantivas que forman parte de este». No obstante, no le convencen las propuestas radicales de no definir el término básico objeto del proyecto de conclusión.

43. El Presidente sugiere dejar en suspenso el párrafo 3 en espera de la celebración de consultas entre el Relator Especial y los miembros que han propuesto modificaciones.

Párrafo 4

44. Sir Michael WOOD sugiere eliminar la palabra «también» de la primera línea, insertar la expresión «sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización» después de «organizaciones internacionales» y reemplazar el verbo «confirma» por «adopta».

45. El Sr. NOLTE (Relator Especial) señala que el proyecto de conclusión 11, párrafo 4, recoge la expresión «sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización». Espera que Sir Michael Wood no insista en incluirla en todos los párrafos del comentario que se refieren a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. No obstante, no se opone a su inclusión en el párrafo 4.

Queda aprobado el párrafo 4 en su forma enmendada.

[333] https://documents.un.org/.

[334] 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.

Párrafo 5

46. El Sr. FORTEAU señala a la atención un error en la fecha citada en la última nota a pie de página en relación con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Además, sería conveniente utilizar la formulación exacta del Artículo 38, párrafo 1 *d*, del Estatuto.

47. El Sr. NOLTE (Relator Especial) está de acuerdo con la propuesta del Sr. Forteau de reformular la nota a pie de página.

Queda aprobado el párrafo 5 con la enmienda en la última nota a pie de página.

Párrafo 6

48. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ señala a la atención un error de fondo: la primera frase de ese párrafo debería referirse a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

Queda aprobado el párrafo 6 en su forma enmendada.

Párrafos 7 a 11

Quedan aprobados los párrafos 7 a 11.

Párrafos 12 y 13

49. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ dice que se debería suprimir la frase que figura entre paréntesis en la sexta oración del párrafo 12, después de las palabras «Consejo Europeo». No añade nada y puede incluso llevar a confusión, ya que la composición del Consejo Europeo era diferente en 1995. La oradora pide al Relator Especial que aclare la expresión «órgano plenario de la Unión Europea» que figura en la última oración. ¿Se refiere al Consejo de la Unión Europea o al Consejo Europeo? Sería conveniente finalizar el párrafo 12 tras la sexta oración, a fin de evitar confusión. Si el Relator Especial desea referirse a ese marco de toma de decisiones en concreto, sería mejor citar el ejemplo de la Unión Europea, debidamente modificado, en el párrafo 13.

50. El Sr. TLADI, refiriéndose al ejemplo de la Unión Europea, pregunta si algún tribunal ha considerado esa decisión un acuerdo ulterior. De no ser así, se debería insertar la expresión «en la doctrina» después de «se ha considerado».

51. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que, puesto que los Gobiernos están representados tanto en el Consejo de la Unión Europea como en el Consejo Europeo, pero en diferentes niveles, podría ser útil para los lectores no europeos aclarar la composición del Consejo Europeo. Como se desprende claramente del contexto que los Gobiernos de los 15 Estados miembros han adoptado esa decisión, el orador suprimiría la oración que figura entre paréntesis. También acepta que se reemplace la expresión «del órgano plenario» por «de un órgano», sin especificar si el órgano en cuestión es el Consejo de la Unión Europea o el Consejo Europeo. El orador no se opone a la propuesta del Sr. Tladi.

52. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ está de acuerdo con el Relator Especial en que es necesario distinguir entre el Consejo de la Unión Europea y el Consejo Europeo. Es cierto que, en algunas ocasiones, el Consejo Europeo ha adoptado decisiones que entrañaban un acuerdo ulterior. No obstante, en la mayoría de los casos esas decisiones no han sido adoptadas por el Consejo Europeo, sino por el Consejo de la Unión Europea. Tal es el caso de las decisiones examinadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos citados en las notas a pie de página segunda y tercera del párrafo 13.

53. La Sra. JACOBSSON está de acuerdo con el Relator Especial en que es necesario aclarar la composición del Consejo Europeo.

54. Sir Michael WOOD duda de la conveniencia de incluir párrafos sobre la actuación de la Unión Europea, ya que no se comporta como una organización internacional ordinaria, en particular con respecto a la interpretación. La oración entre paréntesis debería suprimirse, pues es confusa porque no refleja la composición del Consejo Europeo en 1995. En la última oración del párrafo, sería conveniente suprimir la primera parte de la frase hasta la coma, ya que otras decisiones del Consejo Europeo no suelen considerarse acuerdos ulteriores. Si esa sección del párrafo se mantiene, simplemente debería decir: «Esta decisión se ha considerado, en la doctrina, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*». El párrafo 13 es demasiado teórico a los efectos del comentario del proyecto de conclusión 11, por lo que debería suprimirse.

55. El Sr. ŠTURMA está de acuerdo con el Relator Especial en que la práctica de la Unión Europea debería mencionarse. Podría ser útil explicar qué es el Consejo Europeo y distinguirlo del Consejo de la Unión Europea. Por esa razón, se debería mantener el párrafo 12, con algunas pequeñas modificaciones. La referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no debería eliminarse del párrafo 13, ya que parece apoyar el argumento del Relator Especial de que, en determinadas situaciones, los miembros del Consejo de la Unión Europea actúan en calidad de representantes de los Estados miembros y adoptan actos que constituyen acuerdos ulteriores. Así pues, se debería mantener la referencia a esos importantes asuntos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las notas a pie de página.

56. El Sr. PETRIČ insta a la Comisión a ser menos eurocéntrica.

57. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que, aunque no corresponde a la Comisión examinar los entresijos de la Unión Europea, es útil aclarar la diferencia entre un acto realizado en el marco de la organización y un acto realizado por los Gobiernos en calidad de tales. Ese es el propósito del párrafo 12. Su objetivo no es transformar una característica propia de la Unión Europea en un elemento de derecho internacional general.

Se suspende la sesión a las 12.00 horas y se reanuda a las 12.25 horas.

Párrafos 12 y 13 (*conclusión*)

58. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que, a la luz de las consultas oficiosas celebradas con la Sra. Escobar Hernández y el Sr. Forteau, se propone mantener las

cinco primeras oraciones del párrafo 12. El resto del párrafo deberá modificarse para que diga lo siguiente:

«“En 1995:

Los Gobiernos de los quince Estados miembros han acordado que esta decisión constituye la interpretación convenida y definitiva de las disposiciones del Tratado [de la Unión Europea].”

Es decir que:

“[…] el nombre de la moneda europea será euro […]. El nombre específico euro se utilizará en lugar del término genérico ecu utilizado por el Tratado para referirse a la unidad monetaria europea.”

Esta decisión de los Estados miembros reunidos en el marco del Consejo Europeo se ha considerado un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*.»

59. Además, y también habida cuenta de las consultas oficiosas celebradas, deberá suprimirse el adjetivo «plenario» que figura después del término «órgano» en la primera oración del párrafo 13.

60. Sir Michael WOOD propone que la expresión de la segunda oración del párrafo 13 «recurrió, en primer lugar,» se reemplace por «inicialmente recurrió» y que la expresión «en última instancia» que figura en la tercera oración se sustituya por el término «posteriormente».

Quedan aprobados los párrafos 12 y 13 en su forma enmendada.

Párrafo 14

61. Sir Michael WOOD cuestiona la idoneidad de la expresión «considerados en su conjunto» de la última oración con respecto a los tratados bilaterales y señala que toda esa oración podría simplificarse. Propone modificarla de manera que diga lo siguiente: «Sin embargo, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación correcta del propio instrumento constitutivo y servir de medios de interpretación complementarios con arreglo a lo previsto en el artículo 32».

62. El Sr. FORTEAU propone suprimir el adjetivo «correcta» que califica a la interpretación.

Queda aprobado el párrafo 14 en su forma enmendada.

Párrafo 15

63. El Sr. MURPHY dice que, puesto que el párrafo se refiere a las distintas formas en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden «provenir» o «ser expresión», en la última oración, el verbo «refleja» debería sustituirse por la expresión «puede reflejar» para transmitir la idea de que cualquiera de esas hipótesis es posible. Además, el término «propios» que figura en esa frase es superfluo y debería suprimirse.

64. El Sr. TLADI dice que sería conveniente aclarar el significado de las expresiones «provenir» y «ser expresión». Para ello, propone insertar una nueva oración antes de la última, basada en el texto del informe del Comité de Redacción, que disponga lo siguiente: «La expresión “provenir” tiene por objeto abarcar la generación y el desarrollo de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, mientras que “ser expresión de” se utiliza en el sentido de reflejar y articular tales acuerdos y tal práctica». En la última oración es importante dejar claro que los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior de los Estados partes se refieren al instrumento constitutivo de la organización. Por tanto, el orador propone modificar la oración para que se lea como sigue: «Cualquiera de las dos variantes de la práctica de una organización internacional puede reflejar acuerdos ulteriores o una práctica ulterior de los Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización (véase el proyecto de conclusión 4)».

65. El Sr. FORTEAU dice que, en consonancia con la decisión adoptada por el Comité de Redacción, la expresión «de los Estados partes» debería sustituirse por «de Estados partes».

Queda aprobado el párrafo 15 en su forma enmendada.

Párrafos 16 a 18

Quedan aprobados los párrafos 16 a 18.

Párrafo 19

66. El Sr. McRAE expresa inquietud por la nota a pie de página al final del párrafo, pues plantea la cuestión debatida anteriormente en relación con el párrafo 3, a saber, la adopción por la Comisión de una posición acerca de si las disposiciones sustantivas de un acuerdo, así como las institucionales, están sujetas a una interpretación especial. Además, con arreglo a su formulación actual, la nota a pie de página señala que el Órgano de Apelación de la OMC ha interpretado su instrumento constitutivo, mientras que la cita del Órgano de Apelación que figura en el párrafo 18 se refiere a una interpretación o aplicación de una disposición de las normas de la OMC. Por consiguiente, el orador propone que se suprima el grueso de esa nota.

67. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone que el párrafo 19 quede en suspenso y se examine junto con el párrafo 3.

Así queda acordado.

Párrafo 20

68. El Sr. TLADI dice que, dado que todas las circunstancias descritas en la primera oración y respaldadas en la nota a pie de página al final de la primera oración se refieren a decisiones y actos adoptados por consenso, se debería insertar una frase explicativa después de la primera oración que diga lo siguiente: «Esas circunstancias suelen limitarse a los casos en que esos actos se realizan por consenso, como se indica más adelante».

69. Sir Michael WOOD dice que la doctrina citada en la nota es, en muchos casos, bastante controvertida y citar fragmentos de ella equivale a su aprobación por la Comisión. Así pues, propone suprimir la nota a pie de página o, al menos, las citas que figuran en ella.

70. El Sr. KOLODKIN apoya las observaciones de Sir Michael Wood.

71. El Sr. NOLTE (Relator Especial) señala que lo que dicen los autores citados no difiere mucho de la conclusión de la Corte Internacional de Justicia mencionada en el mismo párrafo. Aunque no tiene ninguna objeción a la propuesta del Sr. Tladi, el orador considera que esta podría encajar mejor en la nota, que es renuente a suprimir. Tal vez podría añadirse algo en la primera oración para aclarar que no todos los autores comparten esas opiniones.

72. El Sr. FORTEAU propone que la primera oración comience con las palabras «Algunos autores han considerado» [«*Certains auteurs ont estimé*»], a fin de evitar la expresión «ha confirmado», que da a entender que la Comisión está de acuerdo con esas citas, y transmitir la idea de que solo concierne a algunos autores.

73. El Sr. PARK dice que podría ser útil basarse en la formulación empleada en la segunda oración del párrafo 67 del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/683), que dispone lo siguiente: «Aunque los autores se han referido expresamente a este extremo, en relación tanto con la Asamblea General de las Naciones Unidas como con otros órganos plenarios de organizaciones internacionales, la Corte Internacional de Justicia ha tenido en cuenta las resoluciones de la Asamblea General a la hora de interpretar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas».

74. El Sr. SABOIA, refiriéndose a las observaciones sobre el carácter controvertido de esa doctrina, dice que ha examinado parte de su contenido más de cerca y le parece perfectamente razonable. Por consiguiente, no ve la necesidad de suprimir las referencias al respecto.

75. El Sr. MURPHY dice que, en términos de jerarquía de fuentes, parece inusual comenzar el párrafo refiriéndose en primer lugar a los autores y después a la Corte Internacional de Justicia y la OMC. Por tanto, propone que el párrafo comience con las palabras «Los tribunales y cortes internacionales, así como algunos autores, han concluido». Además, propone suprimir las citas de esa nota a pie de página y trasladar las referencias a los autores a la nota del final del párrafo, con un conector de transición apropiado.

76. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que, si bien está dispuesto a reordenar los elementos del párrafo con arreglo a la propuesta del Sr. Murphy, preferiría no suprimir las citas de la nota a pie de página, ya que son muy explícitas y, a su juicio, reflejan la doctrina de los principales autores. Habida cuenta del gran número de diferentes propuestas formuladas, parecería más apropiado debatirlas en consultas oficiosas. Por consiguiente, propone dejar en suspenso el párrafo.

Así queda acordado.

Párrafo 21

77. El Sr. FORTEAU propone que se suprima la expresión «para ser representativa», ya que podría inducir a confusión.

78. El Sr. MURPHY dice que la idea fundamental que debería transmitirse en el párrafo es que el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, se refiere a la importancia de la práctica de una organización internacional en su conjunto a los efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Sin embargo, con arreglo a su formulación actual, el párrafo 2 se centra más en la posibilidad de que la práctica de dos o más órganos sea representativa de la organización internacional. Es importante transmitir la idea de que la práctica puede provenir de un órgano plenario, pero también puede derivarse del comportamiento de dos o más órganos. Por consiguiente, propone dividir el párrafo en dos oraciones; la primera debería terminar después de «la práctica de un órgano de una organización internacional» y la segunda debería decir: «La práctica de una organización internacional [suprimiendo la expresión "para ser representativa", como ha propuesto el Sr. Forteau] puede provenir del comportamiento de un órgano plenario, pero también puede derivarse del comportamiento conjunto de dos o más órganos».

79. Sir Michael WOOD dice que, según su interpretación, el párrafo 21 no se refiere a la práctica de una organización internacional en su conjunto, sino a la práctica de más de un órgano. El párrafo podría simplificarse a tenor de la propuesta de los Sres. Forteau y Murphy, pero no considera apropiado referirse al «comportamiento conjunto». El orador preferiría aludir al comportamiento de más de un órgano, que no tiene por qué ser conjunto, pero quizás debería basarse en la misma interpretación.

80. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que el párrafo se basa en el texto de la declaración del Presidente del Comité de Redacción sobre el tema[335]. Además, la práctica de una organización internacional a los efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior puede provenir de la práctica de uno o más órganos, y el órgano de que se trate no tiene que ser necesariamente plenario. Un ejemplo ilustrativo al respecto es la opinión consultiva emitida en 1989 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, donde se hace referencia a la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas. Las enmiendas propuestas por el Sr. Murphy y Sir Michael Wood alterarían el fondo del párrafo y equivaldrían a decir que la práctica de una organización internacional solo puede ser la práctica de un órgano plenario o de dos o más órganos, algo sustancialmente distinto a lo que se afirma en el informe del Presidente del Comité de Redacción y la jurisprudencia en la materia.

81. El Sr. FORTEAU dice que el párrafo reproduce casi literalmente el texto de la declaración formulada por el Presidente del Comité de Redacción sobre el tema, excepto la expresión «para ser representativa».

82. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que apoya la propuesta de suprimir esa expresión.

83. El Sr. MURPHY no entiende qué relación tiene la práctica del Secretario General con el proyecto de

[335] Mimeografiado, puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en la sección *Analytical Guide*: https://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml.

conclusión 11, párrafo 2, que versa sobre la práctica de los Estados partes en relación con el instrumento constitutivo de una organización y no sobre la práctica de la propia organización. En su opinión, la finalidad del párrafo 21 es explicar que en el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, se hace alusión a la práctica de una organización internacional y no a un órgano de esa organización, ya que la práctica de los Estados partes puede provenir de uno o más órganos. Su intención no es alterar el fondo del texto inicialmente redactado, sino aclarar que esa práctica puede provenir tanto de un órgano plenario como del comportamiento conjunto de uno o más órganos.

84. El Sr. NOLTE (Relator Especial) no ha querido dar a entender que la práctica del Secretario General en la causa que ha citado queda englobada en el alcance del proyecto de conclusión 11, párrafo 2, sino que puede dar lugar a la práctica de una organización. En esa causa, el Secretario General puso en marcha una práctica que resultó aceptada por los Estados miembros sin la intervención de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. La idea básica del párrafo 21 es que el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, se refiere a la práctica de una organización o de uno o más de sus órganos, que puede, o no, reflejar la práctica de los Estados partes. El orador está dispuesto a modificar la redacción del párrafo 21, pero no su objetivo fundamental.

85. El PRESIDENTE dice que la Comisión retomará el examen de ese párrafo en la próxima sesión plenaria.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3285ª SESIÓN

Martes 4 de agosto de 2015, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VIII. *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (continuación) (A/CN.4/L.861 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir con el examen, párrafo por párrafo, del documento A/CN.4/L.861/Add.1, empezando por los párrafos 20 y 21, pendientes desde la sesión anterior.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento *(continuación)*

2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Comentario del proyecto de conclusión 11 (Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales) *(continuación)*

Párrafo 20 (*conclusión*)

2. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone modificar las dos primeras frases del párrafo 20 con el siguiente tenor: «Si bien la Corte Internacional de Justicia no mencionó expresamente el artículo 31, párrafo 3 *a*, al invocar la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas para la interpretación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta, destacó la "actitud de las partes y de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General" y su consentimiento al respecto. En este contexto, diversos autores han llegado a la conclusión de que los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pueden, en determinadas circunstancias, provenir de actos de órganos plenarios de organizaciones internacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, o ser expresión de dichos actos». El orador señala que la referencia que se hace a Alan Boyle y Christine Chinkin en la nota al final de la primera frase del párrafo es menos precisa que las otras, por lo que propone suprimirla y añadir, al final de la nota, la siguiente frase: «Todas las resoluciones a las que aluden los autores fueron aprobadas por consenso». En cuanto a la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, titulada «Medidas para eliminar el terrorismo internacional», confirma que efectivamente también fue aprobada por consenso.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 20 en su forma enmendada.

Párrafo 21 (*conclusión*)

3. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone modificar el párrafo 21 con el siguiente tenor: «El párrafo 2 se refiere a la práctica de una organización internacional. La práctica de una organización internacional puede derivarse de la práctica de un órgano, pero también del comportamiento conjunto de dos o más órganos».

4. Sir Michael WOOD dice que la palabra «conjunto» no es necesaria y propone suprimirla.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 21 en su forma enmendada.

Párrafo 22

5. El Sr. FORTEAU propone sustituir en la última frase las palabras «era requisito suficiente para que constara» por «permite establecer» a fin de reflejar con mayor

fidelidad lo que afirma la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 22 en su forma enmendada con un cambio de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

Párrafos 23 a 25

Quedan aprobados los párrafos 23 a 25.

Párrafo 26

6. El Sr. FORTEAU señala que, con carácter general, los comentarios solo incluyen referencias a la doctrina anglófona y manifiesta que sería apropiado incluir algunas referencias francófonas; propone remitir en la nota del final del párrafo, tras la referencia a la opinión consultiva de 1996, a la obra de Denys Simon titulada *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*[336] (págs. 379 a 384).

7. El Sr. NOLTE (Relator Especial) no tiene objeción alguna a esta propuesta. No obstante, desea hacer hincapié en que la mayoría de las referencias que figuran en los comentarios proceden de resoluciones de la Corte Internacional de Justicia, que se publican simultáneamente en inglés y en francés, dos versiones lingüísticas que hacen fe.

Queda aprobado el párrafo 26 en su forma enmendada.

Párrafos 27 a 31

Quedan aprobados los párrafos 27 a 31.

Párrafo 32

8. El Sr. TLADI dice que, en su formulación actual, la quinta frase puede inducir a pensar que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior únicamente son relevantes a la luz del objeto y el fin del tratado, mientras que también lo son a la luz del sentido corriente que debe atribuirse a los términos de un tratado y a la luz de su contexto. Por ello, propone modificar esta frase de modo que diga: «En efecto, en términos generales, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden ser relevantes para precisar el sentido corriente que debe atribuirse a los términos de un tratado, su contexto y su objeto y fin». Propone además introducir una nota a pie de página en la que se remitiría a los párrafos correspondientes del primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados[337].

9. El Sr. MURPHY propone suprimir las tres últimas frases del párrafo, que se prestan a confusión porque el Relator Especial traza en ellas una analogía entre dos elementos que en realidad son muy diferentes, a saber, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en un tratado y la práctica de las organizaciones internacionales como tal.

10. Sir Michael WOOD duda que el adverbio «necesariamente» de la tercera frase esté plenamente justificado, en vista de lo que dictaminó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, y propone sustituirlo por «generalmente».

11. El PRESIDENTE propone dejar en suspenso el párrafo para que el Relator Especial pueda tratar la cuestión con los miembros en cuestión.

Párrafo 33

12. El Sr. MURPHY propone reemplazar en la versión en inglés «*to take*» por «*taking*» en la segunda frase del párrafo.

Así queda acordado.

13. El Sr. FORTEAU señala que el problema al que ha aludido el Sr. Tladi en relación con el párrafo 32 se plantea igualmente en este caso. Convendría que en el transcurso de sus consultas los miembros examinaran los párrafos 32 y 33 simultáneamente e introdujeran en ellos idénticos cambios.

14. El PRESIDENTE propone dejar los párrafos 32 y 33 en suspenso con carácter provisional para que el Relator Especial pueda abordar este asunto con los miembros que han formulado propuestas y volver a ellos posteriormente.

Así queda acordado.

Párrafo 34

15. El Sr. FORTEAU propone añadir en la nota a pie de página del final de la primera frase la siguiente referencia: «Anne Peters, "L'acte constitutif de l'organisation internationale", en *Droit des organisations internationales*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, págs. 216 a 218».

16. El Sr. MURPHY propone modificar la primera frase del párrafo de modo que diga: «Así pues, el artículo 5 de la Convención de Viena permite la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de modo que se tenga en cuenta la práctica de una organización internacional como tal, para la interpretación de su instrumento constitutivo, y permite también tomar en consideración el carácter institucional específico de la organización internacional o la práctica de que se trate como un aspecto del objeto y el fin del tratado». En cuanto a la nota insertada en esta frase, debería suprimirse ya que el debate académico al que hace referencia, si bien interesante, no arroja luz sobre el proyecto.

17. Sir Michael WOOD suscribe las propuestas del Sr. Murphy y expresa su deseo de que se suprima la parte final de la primera frase a partir de las palabras «y permite también tomar en consideración el carácter». Considera que, si bien debe mantenerse la nota, se debería

[336] D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, París, Pedone, 1981.

[337] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660.

completar para fundamentar con una fuente la afirmación que figura en la frase según la cual «aunque ese planteamiento ha sido reconocido, en particular con respecto a los tratados constitutivos de la Unión Europea, no ha sido generalmente aceptado por la mayoría de las demás organizaciones internacionales».

18. El Sr. NOLTE (Relator Especial) aprueba las modificaciones propuestas por el Sr. Murphy. Ahora bien, no cree que deba acortarse la primera frase como ha sugerido Sir Michael Wood, puesto que el carácter institucional específico de una organización internacional es un elemento importante que hay que mencionar. En lo que a la nota del final de la primera frase se refiere, el orador señala que Túnez propuso crear un tribunal constitucional internacional y que sigue abierto el debate sobre el carácter constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión no puede dejar de aludir a ese debate, que no es meramente académico, sino que debe mostrar que está al tanto de su existencia, sin dar en ningún caso su opinión al respecto. Por ello, el Relator Especial considera que debería mantenerse la nota.

19. El Sr. McRAE también estima que debería conservarse esa nota, ya que a muchos lectores les sorprendería que la Comisión ignorara en apariencia la existencia del debate. Asimismo, propone sustituir en la penúltima línea de la nota las palabras «no ha sido generalmente aceptado» por «es más cuestionado».

20. Sir Michael WOOD dice que, si la Comisión decidiera conservar la nota, el Relator Especial debería completarla citando a autores que mantuvieran otra opinión sobre la cuestión. Señala que algunos Estados no tienen constitución, por lo que pregunta si no se podría suprimir la expresión «inspirada en el derecho constitucional nacional».

21. El Sr. NOLTE (Relator Especial) invita a Sir Michael Wood a que le remita nombres de autores que rechacen la interpretación constitucional de los instrumentos constitutivos a fin de completar la nota. Propone acortar la frase de introducción de la nota eliminando las palabras «junto con los principios y valores consagrados en sus instrumentos constitutivos» y, habida cuenta del comentario de Sir Michael Wood, cambiar la primera frase de la nota de suerte que diga que la interpretación constitucional «puede inspirarse en el derecho constitucional nacional». Por último, suscribe la propuesta de modificación del Sr. McRae.

22. El Sr. HMOUD no ve ninguna relación lógica entre la primera y la segunda frases del párrafo y agradecería alguna explicación.

23. El Sr. NOLTE (Relator Especial) declara que la segunda frase hace referencia implícitamente al proyecto de conclusión 3[338], en el cual la Comisión analizó si la interpretación de un tratado podía evolucionar con el paso del tiempo. Si los miembros de la Comisión estiman necesario precisarlo y poner ejemplos concretos para evitar toda confusión, se podrían introducir en el párrafo ejemplos de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

24. El Sr. FORTEAU se muestra cada vez más escéptico con respecto a la relevancia del párrafo y no entiende en absoluto a qué se pretende aludir con el concepto de «carácter institucional específico» ni qué relación guarda con la cuestión de la función de la práctica ulterior. A su juicio, el párrafo no aclara el proyecto de conclusión, sino que más bien complica las cosas.

25. El Sr. KOLODKIN suscribe estos comentarios y dice que, si bien el «carácter institucional específico» es un aspecto importante, se trata de un elemento nuevo que no ha sido objeto de debate en el seno del Comité de Redacción y que no refleja el debate que la Comisión ha mantenido en sesión plenaria. Por consiguiente, no ve la conveniencia de que figure en el párrafo.

26. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que hay que separar la referencia a una interpretación constitucional de los instrumentos constitutivos que figura en la nota al final de la primera frase de la mención del «carácter institucional específico de la organización internacional» presente en el párrafo. Precisa que añadió el término «específico» para reflejar la preocupación expresada por algunos miembros; no obstante, parece que ahora hay quien duda de que cada organización internacional tenga un carácter institucional propio, extremo avalado por una jurisprudencia reiterada. El orador estima poco acertado volver a examinar esta jurisprudencia y obviar este importante aspecto. Lo mínimo que podría hacer la Comisión sería mencionar en la nota el debate abierto.

27. Sir Michael WOOD declara que, si existe una jurisprudencia reiterada al respecto, debe ser citada en la nota.

28. El PRESIDENTE propone que el Relator Especial aborde este tema con los miembros que han formulado observaciones con vistas a presentar posteriormente una versión del párrafo que haya sido modificada en consonancia.

Así queda acordado.

Párrafo 35

29. El Sr. MURPHY propone cambiar la primera frase del párrafo partiendo de las correcciones introducidas en el párrafo 21 de modo que rece así: «El párrafo 3, al igual que el párrafo 2, se refiere a la práctica de una organización internacional en su conjunto más que a la práctica de un órgano de la organización internacional. Para ser representativa, la práctica de una organización internacional determinada puede dimanar del comportamiento de un órgano, pero también puede ser generada por el comportamiento de dos o más órganos».

Queda aprobado el párrafo 35 en su forma enmendada.

Párrafo 36

30. El Sr. TLADI dice que hay una contradicción implícita entre el proyecto de conclusión 11, párrafo 3, y el proyecto de conclusión 5[339], que tiene su reflejo especialmente en la última frase. Estos dos proyectos de conclusión versan sobre aspectos distintos: el proyecto de

[338] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 26.

[339] Ibíd., pág. 37.

conclusión 11, párrafo 3, trata de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969, mientras que el proyecto de conclusión 5 se ocupa de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. Por ello, el orador propone suprimir la última frase del párrafo.

31. El Sr. FORTEAU dice que efectivamente hay una contradicción entre el proyecto de conclusión 11 y las disposiciones de otros proyectos de conclusión porque, en el pasado, la Comisión entendía por práctica ulterior en el sentido del artículo 32 únicamente la práctica de las partes en los tratados, mientras que, en el párrafo examinado, se considera que la práctica de las organizaciones internacionales constituye práctica en el sentido del artículo 32. El orador entiende que hay que resolver el problema de la coherencia entre los proyectos de conclusión conservando la última frase del párrafo.

32. El Sr. TLADI no tiene conocimiento de que los miembros hayan limitado en ningún momento la práctica en el sentido del artículo 32 a la práctica de los Estados partes.

33. El Sr. MURPHY comparte la opinión del Sr. Tladi sobre este punto. Considera además que no hace falta explicitar la posibilidad de que la Comisión pueda volver a estudiar la formulación del proyecto de conclusión 5, puesto que en el comentario ya se menciona en dos ocasiones que podrá reexaminar algunos elementos. Por ello, propone también suprimir la última frase.

34. El Sr. FORTEAU responde al Sr. Tladi y recuerda que el proyecto de conclusión 4[340], párrafo 3, y el proyecto de conclusión 5, párrafo 1, hacen referencia a las partes en un tratado y que una organización internacional no es parte en su tratado.

35. Sir Michael WOOD propone como solución de compromiso desplazar la última frase al final de la nota a pie de página cuya llamada se sitúa después de las palabras «reglas de la organización».

36. El Sr. SABOIA y el Sr. ŠTURMA aprueban la solución sugerida por Sir Michael Wood.

Queda aprobado el párrafo 36 con la modificación propuesta por Sir Michael Wood.

Párrafo 37

Queda aprobado el párrafo 37 con un cambio de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

Párrafo 38

Queda aprobado el párrafo 38.

Párrafo 39

37. El Sr. MURPHY dice que la utilización repentina de la expresión «la práctica establecida de la organización» en la última frase puede prestarse a confusión, puesto que en el proyecto de conclusión 11, párrafos 3 y 4, se emplean las expresiones «[l]a práctica de una organización internacional» y «las normas pertinentes de la organización». No se opone a esta expresión, presente igualmente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, sino que se limita a proponer que se explique, dado que es la primera vez que aparece en el comentario. Así, no le parece conveniente desplazar la última frase del párrafo 42 al final del párrafo 39.

38. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone, en respuesta a la preocupación expresada por el Sr. Murphy, hacer referencia a la Corte Internacional de Justicia y no a un autor en la nota a pie de página del final del párrafo 42. En efecto, según la Corte, «la práctica general» de la organización puede ser más amplia que la mera «propia práctica» de la organización, motivo por el cual sería acertado hablar de «solapamiento terminológico».

39. El Sr. MURPHY dice que, si los tres conceptos «práctica de la organización como tal», «práctica general de la organización» y «práctica establecida de la organización» abarcan verdaderamente realidades diferentes, convendría explicar al lector cada uno de ellos.

40. El Sr. NOLTE (Relator Especial) considera que no hace falta precisar la relación entre cada uno de estos conceptos, sobre todo porque es posible que tampoco lo haya hecho la Corte Internacional de Justicia, sino simplemente señalar que, en este ámbito, existen varios términos que pueden solaparse.

41. El Sr. ŠTURMA propone utilizar exclusivamente la expresión «práctica establecida», que ya aparece en trabajos anteriores de la Comisión, con vistas a simplificar el debate y ganar en coherencia.

42. El Sr. MURPHY propone añadir una frase con el siguiente tenor: «El concepto de “práctica establecida” difiere del de “práctica de la organización como tal” y del de “práctica general de la organización”, pero puede solaparse en parte con este último».

43. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone, tras abordar la cuestión con el Sr. Murphy, añadir la frase «El alcance del término “práctica establecida de la organización” es más reducido que el de “práctica de la organización” como tal» al final del párrafo 39.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 39 en su forma enmendada.

Párrafo 40

44. El Sr. FORTEAU dice que le inquieta la interpretación que hace el Relator Especial de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Propone suprimir el párrafo 40 íntegramente, puesto que no existe jurisprudencia explícita del Tribunal que excluya la toma en consideración de los acuerdos a efectos de la interpretación.

45. El Sr. TLADI considera que el proyecto de artículos en su conjunto es «eurocéntrico» y que habría que prestar

[340] Ibíd., págs. 30 y 31.

mayor atención a los enfoques de otras organizaciones regionales en lo que respecta a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior.

46. El Sr. NOLTE (Relator Especial) observa que mencionó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que, a pesar de sus esfuerzos, tuvo grandes dificultades para encontrar fuentes procedentes de otras organizaciones regionales. Al parecer, algunas prácticas son más «visibles» que otras. El ejemplo de jurisprudencia que se expone en el párrafo tan solo persigue demostrar que es posible que las normas de una organización excluyan la toma en consideración de los acuerdos suscritos por las partes al interpretar sus instrumentos constitutivos.

47. El Sr. TLADI dice que la dificultad para acceder a algunas prácticas no debería ser óbice para examinarlas, ya que en realidad pueden reflejar puntos de vista muy diferentes, lo cual podría incidir en la orientación que toma el debate.

48. El Sr. FORTEAU dice que los comentarios del Sr. Tladi confirman la necesidad de eliminar el párrafo 40. También es preciso tener en cuenta que, cuando aprueba una cláusula «sin perjuicio», la Comisión tiene por práctica no comentar las normas especiales a las que se refiere dicha cláusula, que es precisamente lo que se pretende hacer en el párrafo. Dadas las numerosas contradicciones y la incertidumbre que suscita, lo mejor sería suprimir el párrafo.

49. Sir Michael WOOD comparte la propuesta del Sr. Forteau de eliminar el párrafo 40 por completo, si bien el término medio podría consistir en suprimir únicamente la segunda mitad del párrafo, después de la frase «El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha adoptado un enfoque similar[nota]», en cuyo caso se debería completar la nota a pie de página del final de la frase con ejemplos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal en vez de limitarse a remitir a un artículo del *European Law Journal*.

50. El Sr. NOLTE (Relator Especial) dice que puede dar ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina si la Comisión lo estima necesario. Si, no obstante, la mayoría de los miembros consideran que el análisis de la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que figura en el párrafo 40 no es relevante a efectos del comentario relativo al proyecto de conclusión 11, párrafo 4, aceptará suprimir el párrafo, pese a estar convencido de lo contrario, a fin de no prolongar más de lo debido el debate.

51. Tras un intercambio de opiniones en el que intervienen la Sra. JACOBSSON, el Sr. FORTEAU, el Sr. PETRIČ, el Sr. WAKO y el Sr. MURPHY, el PRESIDENTE entiende que, con excepción de la Sra. Jacobsson, los demás miembros son partidarios de eliminar el párrafo 40.

Queda suprimido el párrafo 40.

Párrafo 41

Queda aprobado el párrafo 41.

Párrafo 42

52. El Sr. MURPHY propone suprimir la última frase del párrafo, dados los cambios introducidos en el párrafo 39.

Queda aprobado el párrafo 42 en su forma enmendada.

53. El PRESIDENTE recuerda que deben celebrarse consultas oficiosas sobre los párrafos dejados en suspenso y dice que la Comisión ultimará el examen del documento A/CN.4/L.861/Add.1 en la siguiente sesión.

Capítulo V. *Protección de la atmósfera* (A/CN.4/L.858 y Add.1)

54. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar, párrafo por párrafo, el documento A/CN.4/L.858.

A. Introducción

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafo 3

55. Sir Michael WOOD puntualiza que la Sexta Comisión como tal no formula comentarios y acto seguido propone sustituir en la segunda frase la preposición «de» por «formulados en el seno de», de suerte que rezaría así: «Sobre la base del primer informe, y teniendo presentes los comentarios formulados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General…».

56. El Sr. TLADI propone suprimir en la versión en inglés las palabras «*In each instance*» al inicio de la frase «*In each instance, draft guidelines were presented*…».

Así queda acordado.

57. El Sr. MURPHY recuerda que, al aprobar el capítulo VII sobre los crímenes de lesa humanidad, la Comisión decidió no reproducir en las notas a pie de página los proyectos en la versión inicialmente propuesta por el Relator Especial en aquellos casos en que la Comisión hubiera aprobado una versión modificada durante el período de sesiones, a fin de evitar una posible confusión. En consonancia con esta decisión, en la segunda frase se debería suprimir la nota a pie de página cuya llamada se sitúa después de las palabras «definición de atmósfera».

58. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice haber entendido, en cambio, que lo que se había decidido en el caso del capítulo sobre los crímenes de lesa humanidad no se aplicaría a todos los capítulos, por lo que considera que debe mantenerse la nota a pie de página.

59. El Sr. TLADI no tiene una opinión definida sobre la conveniencia de mantener la nota a pie de página, si bien lo importante es que la Comisión se atenga a sus propias decisiones. Por ello, ha de aplicar en el conjunto del

informe la decisión de suprimir las notas a pie de página que contengan las propuestas iniciales del Relator Especial en el capítulo sobre los crímenes de lesa humanidad.

60. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ no comparte la convicción del Sr. Tladi de que deba generalizarse esta decisión de la Comisión, sino que considera que hay que tener en cuenta la preferencia del Relator Especial y defiende que se mantenga la nota a pie de página, tal y como propone el Sr. Murase.

61. El Sr. HMOUD manifiesta que la práctica de la Comisión nunca ha sido uniforme en este ámbito y es de la opinión de que la nota a pie de página contribuiría a la transparencia y la legibilidad del informe.

62. El Sr. CANDIOTI también desea que se mantenga la nota a pie de página.

63. El Sr. PARK dice que la coherencia del informe de la Comisión es importante y que, de mantenerse la nota a pie de página en el capítulo examinado, se tendrían que reintroducir las notas a pie de página que fueron suprimidas en el capítulo sobre los crímenes de lesa humanidad.

64. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ cree haber entendido, pese a ser partidaria de conservar las notas a pie de página, que lo que se había decidido en relación con el capítulo sobre los crímenes de lesa humanidad se aplicaría a todo el informe.

65. El Sr. SABOIA dice que el interés de la nota a pie de página no radica tanto en asegurar la transparencia sino en facilitar el acceso a la información. Aunque los proyectos propuestos por el Relator Especial pueden ser consultados en su segundo informe (A/CN.4/681), publicado en el sitio web de la Comisión, no cabe duda de que es más práctico poder leerlos directamente en el informe de la Comisión. Por ello, debe mantenerse la nota a pie de página.

66. El Sr. NOLTE dice que la experiencia ha demostrado que reproducir proyectos de texto sin vigencia en notas a pie de página en el informe de la Comisión es fuente de confusión para los Estados, motivo por el cual sería partidario de suprimir la nota a pie de página. En cualquier caso, si se conserva esta nota, tal y como desea el Relator Especial, se debería modificar la frase de introducción para que resultara más claro que el texto reproducido no es el que la Comisión ha aprobado en el actual período de sesiones.

67. El Sr. FORTEAU apoya la propuesta del Sr. Nolte y propone basarse en la nota 530 a la que remite el párrafo 71 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones[341] de modo que se agrupen en una misma nota todos los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial, en lugar de reproducir cada proyecto de directriz en una nota distinta como se presenta en estos momentos. La nota comenzaría con la siguiente frase: «Los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial decían lo siguiente (véase la sección C para consultar el texto de los proyectos de directriz aprobados por la Comisión y los correspondientes comentarios):».

Así queda acordado.

68. El PRESIDENTE dice que, en vista del debate mantenido, la cuestión de si debe fijarse como práctica uniforme la reproducción en el informe de la Comisión de los proyectos propuestos por los relatores especiales cuya versión modificada haya sido aprobada en sesión plenaria en el transcurso del período de sesiones podrá dar lugar a una discusión más amplia en el marco del tema sobre los métodos de trabajo que figura en el orden del día.

Queda aprobado el párrafo 3 con los dos cambios de redacción propuestos por Sir Michael Wood y el Sr. Tladi y la nueva nota a pie de página propuesta por el Sr. Forteau.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

3286ª SESIÓN

Miércoles 5 de agosto de 2015, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo V. *Protección de la atmósfera* (continuación) (A/CN.4/L.858 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen de la parte del capítulo V del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.858.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*)

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4.

Párrafo 5

2. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que debe modificarse la fecha del diálogo con los científicos para que diga: «7 de mayo de 2015». En la nota a pie de página, deben sustituirse las palabras «Swedish Environmental Research Institute» por «Presidente del Grupo de Trabajo sobre los Efectos, Convenio sobre la Contaminación

[341] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), págs. 115 y 116.

Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, Comisión Económica para Europa».

3. Sir Michael WOOD propone que, en la versión en inglés, en la primera oración se reemplace la frase «*The debate of the Commission was coupled with a dialogue with scientists*…» por «*In addition to the debate of the Commission, there was a dialogue with scientists.*…».

Queda aprobado el párrafo 5 con esos cambios.

Párrafo 6

4. El Sr. FORTEAU dice que en la segunda oración deben sustituirse las palabras «de un proyecto de directriz» por «del proyecto de directriz 4, que había propuesto en su segundo informe» [«*le projet de directive 4, qu'il avait proposé dans son second rapport*»]. Asimismo, se debe añadir una nota a pie de página que remita a la primera nota de la cuarta frase del párrafo 3, que contiene el proyecto de directriz propuesto por el Relator Especial.

Queda aprobado el párrafo 6 con esos cambios.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8, con la condición de que lo complete la Secretaría.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo

Párrafo 9

5. El Sr. MURPHY propone que los dos párrafos del proyecto de directriz 5 figuren con números en lugar de letras.

Queda aprobado el párrafo 9 con esa modificación.

2. Texto de los proyectos de directriz, con los párrafos del preámbulo, y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

6. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar la parte del capítulo V que figura en el documento A/CN.4/L.858/Add.1.

Comentario general

Párrafo 1

7. El Sr. MURPHY dice que la mayoría de las cuestiones examinadas en el párrafo 1 también son abordadas en el comentario del preámbulo. Por ello, propone que se elimine el párrafo y se incorporen en el comentario del preámbulo aquellos elementos del párrafo que no figuren en aquel.

8. El Sr. PARK se pregunta si, en esta etapa inicial de los trabajos de la Comisión sobre el proyecto, es realmente necesario un comentario general.

9. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que tiene la intención de desarrollar el comentario general a medida que avancen los trabajos sobre el tema. No tiene objeción alguna a la propuesta del Sr. Murphy acerca del párrafo 1.

10. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea suprimir el párrafo 1, incorporar algunos de los elementos que en él figuran en el comentario del preámbulo y volver a numerar en consecuencia el párrafo 2.

Se suprime el párrafo 1.

Párrafo 2

11. El Sr. FORTEAU dice que, en la última oración, la palabra «supletorio» parece insinuar que el proyecto de directrices crea normas jurídicas aplicables en ausencia de otras normas. Por ello, sugiere sustituir «supletorio» por «declarativo» [«*déclaratif*»], palabra que describe con mayor precisión el carácter del proyecto de directrices.

12. El Sr. MURPHY dice que la primera oración («La Comisión reconoce la importancia de implicarse plenamente en las necesidades actuales de la comunidad internacional») parece dar a entender que, en sus trabajos sobre otros temas, la Comisión no está plenamente comprometida con las necesidades de la comunidad internacional. Por ello, sugiere que se suprima la oración y, después, se sustituya la expresión inicial de la segunda oración actual, «Se reconoce», por «La Comisión reconoce». También en la segunda oración, se debe insertar la palabra «atmosférica» entre las palabras «contaminación» y «transfronteriza». En la tercera oración, se debe reemplazar la expresión «en la esfera de» por «relativas a». En cuanto al término «supletorio» de la última oración, se debe suprimir o sustituir por «declarativo», tal y como ha propuesto el Sr. Forteau.

13. El Sr. NOLTE opina que no es necesario eliminar la primera oración, puesto que no sugiere que la Comisión únicamente esté comprometida con las necesidades de la comunidad internacional en su labor sobre el tema actual. No es partidario de sustituir la palabra «supletorio» por «declarativo», ya que esta puede sugerir una norma de derecho fundamental. En cambio, sí está a favor de cambiar «supletorio» por «residual».

14. Sir Michael WOOD es partidario de que se suprima la primera oración, que no es apropiada para un comentario. En cuanto a la última oración, propone que se suprima toda la oración o la palabra «supletorio», puesto que en esta fase de los trabajos no se puede calificar adecuadamente el proyecto de directrices.

15. El Sr. MURASE (Relator Especial) preferiría mantener la primera oración, ya que su formulación recoge un lenguaje utilizado con anterioridad por la Comisión en sus comentarios generales. No se opone a las propuestas del

Sr. Murphy sobre la introducción de la palabra «atmosférica» y la sustitución de la expresión «en la esfera de». En relación con la última oración, preferiría mantener la palabra «supletorio» o sustituirla por «residual».

16. El Sr. MURPHY propone que se suprima la última oración siempre que la Comisión vuelva a examinar la descripción del proyecto de directrices cuando haya completado su labor sobre el tema.

17. El Sr. McRAE propone que la Comisión apruebe la última oración en el entendimiento de que se irá modificando a medida que avancen los trabajos sobre el tema.

18. El Sr. KAMTO dice que la Comisión debe suprimir toda la oración final o únicamente las palabras «y supletorio», ya que ni la palabra «supletorio» ni las alternativas propuestas describen con exactitud el alcance del proyecto de directrices.

19. El Sr. NOLTE apoya, a falta de consenso sobre el modo de describir el proyecto de directrices, la propuesta del Sr. Murphy de eliminar la última oración y volver a examinar la cuestión cuando se haya completado la redacción de las directrices.

20. El Sr. MURASE (Relator Especial) suscribe la propuesta formulada por el Sr. Murphy y respaldada por el Sr. Nolte.

21. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar el párrafo con las siguientes modificaciones: en la segunda oración, se debe introducir la palabra «atmosférica» después de «contaminación»; en la tercera oración, se debe sustituir la expresión «en la esfera de» por «relativas a»; y se debe suprimir la última oración, en el entendimiento de que se abordará la descripción del proyecto de directrices una vez que la Comisión haya completado sus trabajos en torno al tema.

Queda aprobado el párrafo 2 con esos cambios.

Queda aprobado el comentario general en su forma enmendada.

Comentario del preámbulo

Párrafos 1 y 2

22. El Sr. CANDIOTI ahonda en un aspecto planteado por Sir Michael WOOD y dice que se deben armonizar los dos textos del preámbulo que figuran, respectivamente, en el documento A/CN.4/L.858 y en el documento A/CN.4/L.858/Add.1.

23. El Sr. MURPHY dice que, en la versión en inglés, se debe insertar en la nota a pie de página cuya llamada se sitúa tras «*arbitral procedures (1958)*» la palabra «*an*» antes de «*undertaking*» y que, en la nota a pie de página cuya llamada se sitúa tras «*legal obligations (2006)*», se debe suprimir la última oración.

Quedan aprobadas esas modificaciones.

24. Sir Michael WOOD propone eliminar el párrafo 1, ya que la Comisión no tiene que justificar su decisión de redactar un preámbulo.

25. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que el párrafo 1 es necesario para explicar a los delegados en la Sexta Comisión cómo ha elaborado la Comisión los preámbulos en el pasado. No obstante se podría recoger el contenido del párrafo 1 en una nota a pie de página insertada en el párrafo 2.

26. Sir Michael WOOD señala que el párrafo 2 hace referencia a la práctica seguida por la Comisión en el pasado con respecto a los preámbulos.

27. El Sr. TLADI, respaldado por el Sr. KAMTO, dice que los comentarios a un texto jurídico deben aclarar el significado del texto, no detallar el proceso de redacción. En cualquier caso, se explica ese proceso en la sección B, relativa al examen del tema en el actual período de sesiones. Por consiguiente, se debe suprimir el párrafo 2.

28. El Sr. FORTEAU dice que el párrafo 2 proporciona información útil. Al mismo tiempo, comparte la preocupación del Sr. Tladi, especialmente en lo concerniente a la duplicación de material que ya figura en la sección B.

29. El Sr. KITTICHAISAREE sugiere que, en la primera oración del párrafo 2, se elimine la palabra «esas» y, en la versión en inglés, la palabra «*the*».

Queda aprobada la modificación.

30. Sir Michael WOOD, respaldado por la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, el Sr. FORTEAU, el Sr. McRAE, el Sr. MURPHY, el Sr. MURASE (Relator Especial), el Sr. NOLTE, el Sr. PETRIČ y el Sr. ŠTURMA, dice que, si bien el párrafo 2 proporciona información útil sobre las circunstancias que rodean a la aprobación del texto, sería aconsejable acortarlo. Por ello, habría que sustituir las dos primeras oraciones con otras del siguiente tenor: «En ocasiones anteriores, los preámbulos se prepararon una vez que la Comisión hubo concluido los trabajos sobre el tema concreto. En el presente caso, la Comisión remitió al Comité de Redacción el proyecto de directriz 3, relativo a la preocupación común de la humanidad, tal y como figuraba en el segundo informe del Relator Especial, para que lo examinase en el contexto de un posible preámbulo».

31. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar la propuesta de Sir Michael Wood relativa al párrafo 2, suprimir el párrafo 1 y recoger sus contenidos en una nota a pie de página insertada en el párrafo 2, que recibiría otro número.

Se suprime el párrafo 1 y se aprueba el párrafo 2 con esas modificaciones.

Párrafo 3

32. El Sr. TLADI pone de manifiesto la ambigüedad de la expresión inicial de la cuarta oración, «Como tal la consideran», que parece sugerir que la atmósfera fue considerada el mayor recurso del planeta por el antiguo Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales. Se debe redactar de nuevo la oración para que rece: «Como recurso natural la consideran».

33. El Sr. MURPHY apoya la propuesta del Sr. Tladi. También sería aconsejable suprimir la sexta oración, puesto que contiene multitud de términos científicos desconcertantes extraídos al parecer de la escuela de pensamiento sobre derecho medioambiental de Yale. No está seguro de que la Comisión deba utilizar esa terminología.

34. El Sr. KAMTO sugiere cambiar la expresión «el mayor recurso natural del planeta» de la tercera oración para que rece «uno de los más importantes recursos naturales del planeta», de suerte que ya no resulte necesario introducir el cambio propuesto por el Sr. Tladi en la cuarta oración.

35. El Sr. MURASE (Relator Especial) responde a una pregunta del Sr. NOLTE y explica que la atmósfera es ciertamente el mayor recurso natural por tamaño y que la expresión en cuestión aparece con frecuencia en el derecho internacional del medio ambiente.

36. El Sr. KITTICHAISAREE propone que se suprima el término «recurso de extensión espacial» de la sexta oración y apoya el cambio en la tercera oración propuesto por el Sr. Kamto.

37. Sir Michael WOOD dice que también le incomoda la idea de utilizar un lenguaje tan científico como el que figura en el párrafo 3 y en otras partes del texto. En cuanto a la séptima oración, se cuestiona el uso de la palabra «neutro» y afirma que la idea de que todo el mundo puede beneficiarse de la atmósfera sin privar de ella a los demás no es una suposición válida, sino simplemente lo que la gente suele pensar. En consecuencia, la octava oración debe rezar: «Ese planteamiento ya no se sostiene», en lugar de: «Esa premisa ha dejado de ser válida».

38. El Sr. MURASE (Relator Especial) acepta la formulación propuesta por el Sr. Kamto para la tercera oración, así como que se suprima la referencia al «recurso de extensión espacial» en la sexta. El documento del Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales citado en la nota a pie de página en la tercera oración califica la atmósfera de uno de los más importantes recursos naturales del planeta, junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos. Acepta que su suprima la palabra «neutro» y se modifique la penúltima oración en la forma propuesta por Sir Michael Wood.

39. El Sr. MURPHY dice que, en la séptima oración, el término «inagotable» sería más adecuado que «ilimitado», que parece dar a entender que la atmósfera no tiene límites, cuando lo que se pretende es reflejar una creencia que existía de que era imposible consumir la atmósfera.

40. El Sr. PETER menciona una discrepancia en las referencias al Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales en el texto del párrafo y en la primera nota a pie de página de la tercera oración y propone armonizar los textos.

41. El Sr. KAMTO coincide con el Sr. Murphy en que la afirmación de que la atmósfera ha sido considerada ilimitada puede dar lugar a confusiones. Quizás bastaría con decir que la atmósfera ha sido considerada «un recurso ilimitado».

42. El Sr. PETRIČ dice que las cuatro primeras oraciones son aceptables, si bien requieren algunos retoques, y transmiten ideas importantes. En cambio, el resto del párrafo contiene información de naturaleza muy científica que parece innecesaria. No acaba de ver con claridad que convenga mencionar suposiciones del pasado y se plantea si la adopción de posiciones sobre cuestiones científicas entra en el mandato de la Comisión. Por ello, propone mantener las cuatro primeras oraciones y suprimir el resto.

43. El Sr. HMOUD sugiere que, dados los numerosos comentarios sustantivos formulados, se debata el párrafo en consultas oficiosas a fin de agilizar los trabajos.

44. El Sr. KITTICHAISAREE respalda la propuesta del Sr. Murphy de utilizar la palabra «inagotable». Opina que habría que eliminar la nota a pie de página del final de la sexta oración a la luz de la propuesta de suprimir la expresión «recurso de extensión espacial». Suscribe la propuesta y los comentarios del Sr. Petrič en lo concerniente a la segunda mitad del párrafo.

45. El Sr. McRAE dice que a la Comisión no debería darle miedo tratar cuestiones científicas, en particular dada la existencia de jurisprudencia relevante. Ejemplo de ello es el caso citado en la nota a pie de página al final de la octava oración, en el que el Órgano de Apelación de la OMC dictaminó que el aire puro era un recurso natural agotable. No lo calificó de recurso natural que pudiera ser agotado, tal y como se indica en esa nota a pie de página, motivo por el cual se debería rectificar. Las últimas oraciones del párrafo 3 señalan un aspecto muy importante, a saber, que en el pasado se consideraba que la atmósfera era inagotable pero que esa suposición resultó ser falsa. El orador coincide en que debe seguir examinándose el párrafo en consultas oficiosas.

46. El Sr. TLADI dice que es importante establecer si el Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales se refirió realmente a la atmósfera como uno de los recursos naturales más importantes del planeta antes de hacer esa afirmación en el párrafo.

47. El Sr. MURASE (Relator Especial), en referencia a los comentarios sobre la inclusión de cuestiones científicas, dice que la información que figura en los proyectos de directriz se basa en conclusiones científicas. Trabaja desde hace años con científicos expertos del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización Meteorológica Mundial y la Comisión Económica para Europa y se han contrastado debidamente todos los documentos de referencia y todas las citas. Por ello, habría que mantener el material científico. Se ha basado la utilización del término «ilimitado» en una analogía con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pero el orador estaría dispuesto a sustituirlo por el término «inagotable». A fin de simplificar las cosas, puede aceptar que se suprima la expresión «junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos»; no obstante, deben mantenerse las oraciones quinta a novena.

48. El Sr. SABOIA está a favor de la propuesta del Sr. Petrič de eliminar las oraciones quinta a novena.

49. El Sr. ŠTURMA respalda la propuesta del Sr. Petrič, si bien es importante la puntualización del Sr. McRae. Por ello, se deben mantener las oraciones quinta a novena y desplazar la nota a pie de página del final de la octava oración al final de la novena.

50. El Sr. CANDIOTI dice que el debate está adquiriendo un cariz surrealista. Toda la información que figura en el comentario se basa en estudios contrastados por el Relator Especial. Se trata precisamente del tipo de fundamento científico sólido que garantiza la utilidad del proyecto de directrices, como ha sucedido con los trabajos de la Comisión en otros ámbitos, como los acuíferos transfronterizos. La Comisión no debe poner en tela de juicio la base científica del informe.

51. El PRESIDENTE sugiere que, dadas las numerosas propuestas formuladas, se celebren consultas oficiosas a fin de agilizar los trabajos.

Se suspende la sesión a las 11.40 horas y se reanuda a las 12.05 horas.

Párrafo 3 (*conclusión*)

52. El Sr. MURASE (Relator Especial), tras las consultas oficiosas, propone que se realicen una serie de cambios en el párrafo 3. Deben sustituirse las oraciones tercera y cuarta por las oraciones siguientes: «La atmósfera es el mayor y uno de los más importantes recursos naturales del planeta. Como recurso natural —junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos— la consideran el Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 y la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982». Deben agruparse las oraciones quinta y sexta en una sola que diga: «La atmósfera proporciona “recursos fluyentes” renovables que son esenciales para la supervivencia de los seres humanos, las plantas y los animales en el planeta, y sirve como medio de transporte y comunicación». Deben sustituirse las oraciones séptima y octava por la siguiente: «Durante mucho tiempo, se consideró que era inagotable y no exclusiva, pues se suponía que todo el mundo podía beneficiarse de la atmósfera sin privar de ella a los demás. Ese planteamiento ya no se sostiene». Por último, debe eliminarse la oración final.

Queda aprobado el párrafo 3 en su versión así enmendada.

Párrafo 4

53. El Sr. FORTEAU dice, en relación con la primera oración, que tanto en la sesión plenaria como en el Comité de Redacción se expresó preocupación por que se hiciera referencia al «aspecto funcional de la atmósfera» como medio de transporte de sustancias contaminantes, puesto que se puede interpretar en el sentido de que la función de la atmósfera consiste en dispersar contaminantes. Por ello, propone suprimir las palabras «el aspecto funcional de» en la primera oración y la palabra «funcional» en la segunda oración.

54. El Sr. TLADI dice que sería útil saber por qué se decidió no incluir ninguna referencia al elemento funcional en la definición del término «atmósfera». Propone añadir una nueva oración tras la segunda que rece: «Esta decisión refleja la preocupación de que la inclusión del aspecto funcional como parte de la definición pueda sugerir que ese transporte y esa dispersión son deseables, que no es la intención de la Comisión».

55. El Sr. KAMTO dice que el contenido de las dos notas de la tercera oración no guarda relación con las partes en las que están insertadas y que la segunda nota es básicamente una ampliación de la primera. Tendría más sentido incorporar simplemente el contenido de la segunda nota en la primera.

56. El Sr. MURPHY propone que se reemplace el término «transporte transcontinental» por «movimiento transfronterizo», que es el término utilizado en el resto del comentario para describir el transporte más allá de las fronteras de un Estado. Al igual que el Sr. Kamto, al orador le preocupan las dos notas de la tercera oración: duda de la idoneidad de algunas de las fuentes científicas citadas en la primera nota, en particular las relativas al carbono negro. En vista del entendimiento de la Comisión de que no se ocuparía de sustancias específicas como el carbono negro, propone eliminar las referencias a esas fuentes.

57. Propone además incorporar en la primera nota a pie de página de la tercera oración las referencias a los principales tratados internacionales relativos al movimiento transfronterizo de sustancias que figuran en la segunda nota. Esta última nota debería centrarse en las fuentes relativas a la contaminación de la región del Ártico. Por otra parte, la afirmación que figura en la segunda nota, según la cual «[e]sos contaminantes acaban en el Ártico procedentes de regiones industriales de Europa Meridional y otros continentes mediante los vientos dominantes del norte y la circulación de los océanos», induce a error, puesto que da a entender que el movimiento de contaminantes siempre es de sur a norte. Propone reformular la afirmación o suprimirla.

58. Sir Michael WOOD suscribe las propuestas del Sr. Murphy y del Sr. Tladi. En vista de la propuesta del Sr. Tladi de añadir una nueva oración, la primera parte de la segunda oración, que termina con las palabras «se ciñe a los aspectos físicos», resulta superflua y propone que se elimine. Asimismo, propone que, en la versión en inglés, la expresión «*one of the most seriously affected areas*» de la tercera oración pase a decir «*one of the areas most seriously affected*».

59. El Sr. MURASE (Relator Especial), en relación con la propuesta del Sr. Forteau, dice que es importante mantener ambas referencias al aspecto «funcional» de la atmósfera. Apoya la propuesta del Sr. Tladi de añadir una nueva oración. En cuanto a los comentarios del Sr. Murphy, dice que, si bien preferiría mantener «transporte transcontinental», que a menudo se utiliza en textos científicos, aceptaría que se sustituyera por el término «movimiento transfronterizo a gran distancia», en consonancia con el lenguaje empleado en los tratados sobre esa materia. El orador es reacio a suprimir las referencias a algunos de los trabajos de investigación científica pioneros citados en la primera nota de la tercera oración.

60. El Sr. MURPHY dice que es importante eliminar las referencias a las fuentes que aluden al carbono negro, por las razones que ha explicado.

61. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea aprobar el párrafo 4 con las modificaciones propuestas por el Sr. Tladi, Sir Michael Wood y el Sr. Murase y con el contenido de las notas a pie de página reubicado de acuerdo con la propuesta del Sr. Murphy.

Queda aprobado el párrafo 4 en su versión así enmendada.

Párrafo 5

62. El Sr. NOLTE dice que la segunda oración indica que la «práctica convencional […] pertinente[s]» y la doctrina ponen de manifiesto cierto grado de apoyo al concepto de «preocupación común de la humanidad»; no obstante, deben suprimirse las palabras «la» y «pertinente[s]» porque también existe práctica convencional pertinente que no pone de manifiesto ese apoyo. En esa misma oración, en la versión en inglés se deberían sustituir las palabras «*certain support*» por «*some support*» y se deben insertar las palabras «de la humanidad» tras la segunda referencia a la «preocupación común». En la tercera oración, debe colocarse la referencia al concepto de la «preocupación acuciante de la comunidad internacional» al final del párrafo. Además, la formulación actual de la oración no incorpora un aspecto importante incluido en el informe del Comité de Redacción sobre el tema. Se trata de la definición que figura en el informe del concepto «preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto» como concepto que no supone una declaración normativa «como tal». Las palabras «como tal» apuntan al hecho de que el Comité no excluye la posibilidad de que el concepto pueda ser relevante para la interpretación del proyecto de directrices. Si bien el orador entiende que no debe interpretarse que el concepto dispone de importancia normativa similar a lo que a veces se defiende en relación con la «preocupación común de la humanidad», se debe definir de modo tal que aclare su significado y su función en el contexto del tema. Por ello, propone reformular la tercera oración de modo que rece: «En el presente contexto, este concepto expresa la preocupación de la comunidad internacional más como cuestión de designación factual de la gravedad de los problemas atmosféricos que como una declaración normativa como tal». En la cuarta oración, propone sustituir las palabras iniciales «Así pues, en este contexto» por «En lugar de utilizar la expresión “preocupación común de la humanidad”». Por último, propone que se añada una oración después de la tercera oración reubicada que diga: «El concepto contribuye a la determinación del objeto y fin del presente proyecto de directrices».

63. El Sr. PARK duda de que sea exacto referirse a la lista relativamente pequeña de tratados enumerados por el Relator Especial en la nota a pie de página de la segunda oración como «práctica convencional». Así, en la segunda oración propone sustituir las palabras «la práctica convencional […] pertinente[s]» por «una serie de tratados».

64. El Sr. HMOUD apoya la propuesta del Sr. Nolte de eliminar en la segunda oración las palabras «la» y «relevante[s]» y sustituir en la versión en inglés las palabras «*certain support*» por «*some support*». El orador propone que se ponga un punto y seguido tras las palabras «definir el problema» y se elimine el resto de la oración. No está de acuerdo en cambiar la ubicación de esa oración dentro del párrafo. Lo que se acordó en el Comité de Redacción fue que la expresión «una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto» era una designación factual a la que no se debían atribuir consecuencias jurídicas. Por consiguiente, propone añadir al final de la tercera oración las siguientes palabras: «sin que del uso de este concepto se desprendan consecuencias jurídicas». En la tercera oración, propone suprimir en la versión en inglés las palabras «*more*» y «*so much*».

65. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción), respaldado por el Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, no es partidario de la propuesta del Sr. Nolte. En el informe del Comité de Redacción sobre la protección de la atmósfera se afirmó, en relación con la expresión «una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto», que de ella «no se desprenden necesariamente consecuencias jurídicas». El Relator Especial incorporó esa idea en la tercera oración con las palabras «como una cuestión de designación factual […] más que como una declaración normativa». En el Comité de Redacción se encontró un equilibrio muy delicado cuya alteración podría conllevar el riesgo de reabrir lo que ha sido un debate muy largo y complejo. Por ese motivo, recomienda mantener el texto propuesto por el Relator Especial.

66. El Sr. MURPHY propone simplificar la tercera oración de suerte que rece: «Se consideró apropiado expresar la preocupación de la comunidad internacional como cuestión de declaración factual y no de declaración que sugiera consecuencias jurídicas».

67. El Sr. PETRIČ y Sir Michael WOOD apoyan las propuestas del Sr. Hmoud y las modificaciones a estas propuestas planteadas por el Sr. Murphy, puesto que reflejan el acuerdo alcanzado en el Comité de Redacción.

68. El Sr. MURASE (Relator Especial) espera que la Comisión pueda aceptar su formulación original del párrafo 5, con la cual intentó reflejar el delicado equilibrio construido en el seno del Comité de Redacción. Puede aceptar las siguientes propuestas: sustituir las palabras «*certain*» por «*some*» en la versión en inglés; reemplazar las palabras «la práctica convencional […] pertinente[s]» por «una serie de tratados»; suprimir las palabras «*so much*» y «*more*» en la versión en inglés; y sustituir la palabra «designación» por «declaración».

69. El Sr. NOLTE dice que la formulación «como tal» es un importante elemento del equilibrio logrado en el seno del Comité de Redacción. Lamenta que el Relator Especial se haya prestado a eliminar con tanta facilidad las palabras «*so much*» y «*more*» en la versión en inglés, porque son otra forma de expresar lo que se transmitía con las palabras «como tal». Puede aceptar que se mantengan las palabras «*so much*» y «*more*» en la versión en inglés o que se añada «como tal», pero no que desaparezcan ambas opciones.

70. El PRESIDENTE sugiere dejar en suspenso el párrafo a fin de que haya más tiempo para celebrar consultas y encontrar una formulación adecuada.

Queda en suspenso el párrafo 5.

Párrafos 6 y 7

Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.

Comentario del proyecto de directriz 1 (Términos empleados)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

71. El Sr. MURPHY dice que la definición del término «atmósfera» en el proyecto de directriz 1 *a* es extremadamente simple y, fundamentalmente, una definición jurídica. Por ello, resulta exagerado afirmar que refleja las características de la atmósfera definidas en los estudios científicos o que se inspira en la definición del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), que es mucho más compleja. Propone insertar en la nota del final del párrafo 2 las palabras «Para una definición científica véase» antes del texto actual.

72. El Sr. MURASE (Relator Especial) sugiere que el párrafo 2 haga referencia al informe del Grupo de Trabajo del IPCC, del cual se ha extraído la definición de la Comisión, sin usar la palabra «inspirada». También sugiere trasladar la tercera oración al inicio del párrafo 3, que detalla los estudios científicos a los cuales remite dicha oración.

73. Sir Michael WOOD dice que la definición de la Comisión es tan simple que la única explicación que necesita, si acaso, es el texto de las oraciones primera y segunda del párrafo 2 y el de la nota a pie de página del final del párrafo 2.

74. El Sr. McRAE propone que se suprima la expresión «determinadas en los estudios científicos» de la tercera oración, así como que se añada la palabra «científicas» entre «características» y «de la atmósfera». El orador apoya la idea del Relator Especial de ubicar esa oración en el párrafo 3, puesto que se ajusta a la parte del párrafo que se ocupa de los gases de la atmósfera. No le plantea problema alguno la palabra «inspirada» en la cuarta oración, ya que describe correctamente el proceso que la Comisión ha seguido al elaborar su definición, por lo que no ve la necesidad de suprimir esa oración.

75. El PRESIDENTE sugiere que se deje el párrafo en suspenso a fin de que haya más tiempo para examinarlo.

Queda en suspenso el párrafo 2.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

3287ª SESIÓN

Miércoles 5 de agosto de 2015, a las 15.00 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*conclusión*[*]) (A/CN.4/678, cap. II, secc. I, A/CN.4/L.868)

[Tema 11 del programa]

Informe del Grupo de Planificación

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Šturma a presentar el informe del Grupo de Planificación (A/CN.4/L.868) en ausencia de su Presidente, el Sr. Wako.

2. El Sr. ŠTURMA dice que el Grupo de Planificación ha celebrado tres sesiones en el actual período de sesiones, que ultimó sus trabajos el jueves 30 de julio y que su informe, que ya se puede consultar, ha sido publicado como documento con la signatura A/CN.4/L.868. El Grupo de Planificación tuvo ante sí la sección I (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión) del resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/678); la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones; y la resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional. El informe del Grupo de Planificación no requiere, con carácter general, ningún comentario especial. En cualquier caso, cabe señalar que el Grupo de Trabajo sobre el Programa a Largo Plazo ha sido constituido de nuevo en el actual período de sesiones, bajo la Presidencia del Sr. McRae, quien presentó oralmente un informe provisional en la tercera sesión del Grupo de Planificación. El Grupo de Trabajo sobre el Programa a Largo Plazo se esforzará por concluir sus trabajos en el siguiente período de sesiones, el último del quinquenio.

3. El Grupo de Planificación elaboró recientemente un capítulo sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional en respuesta a la solicitud de la Asamblea General. En 2014, la Asamblea General invitó a los Estados Miembros a formular comentarios sobre «El papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción e impulso del estado de derecho»[342], cuestión de especial interés para la Comisión. El Grupo de Planificación ha recomendado añadir el texto que figura en el párrafo 10 del informe, en el cual la Comisión recuerda la labor sobre diferentes temas que, a partir de propuestas en relación con los artículos 16 y 23

[*] Reanudación de los trabajos de la 3274ª sesión.

[342] Resolución 69/123 de la Asamblea General, párr. 20.

de su estatuto, han sido objeto de procesos de tratados multilaterales, y pone de manifiesto su reciente labor sobre diferentes temas.

4. El orador desea igualmente señalar a la atención de los miembros de la Comisión otras dos cuestiones analizadas en el informe. En primer lugar, cabe señalar que en los párrafos 12 a 14 se examinan los párrafos 10 a 13 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, en particular lo concerniente a la solicitud de que la Comisión estudie en profundidad la posibilidad de celebrar parte de su 68º período de sesiones en Nueva York. El resultado del examen de esta petición por parte del Grupo de Planificación consta en el párrafo 14 del informe, en el cual se concluye que no sería factible que la Comisión celebrara parte de su 68º período de sesiones en Nueva York sin causar excesivas perturbaciones. No obstante, el Grupo de Planificación afirmó que la Comisión deseaba que se examinase la posibilidad de celebrar en Nueva York la mitad de un período de sesiones en el próximo quinquenio; esa posibilidad debería preverse con antelación en la planificación de los futuros períodos de sesiones de la Comisión para el próximo quinquenio. Señaló asimismo que dicha celebración, teniendo en cuenta los gastos estimados y los factores administrativos, de organización y otros factores pertinentes, cabría preverse en la primera parte de un período de sesiones, ya fuera en el primer año (2017) o en el segundo año (2018) del próximo quinquenio. Basándose en la información de que dispone, el Grupo de Planificación recomendó llevar a cabo los trabajos preparatorios y las previsiones partiendo de la base de que la Comisión celebrará la primera parte de su 70º período de sesiones (2018) en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Por consiguiente, el Grupo de Planificación pidió a la Secretaría que procediera a adoptar las disposiciones necesarias a tal efecto, a fin de facilitar la aprobación por la Comisión de la decisión correspondiente en su 68º período de sesiones, en 2016. En segundo lugar, el Grupo de Planificación decidió, tras el debate, recomendar que se celebrase el 68º período de sesiones de la Comisión en Ginebra del 2 de mayo al 10 de junio y del 4 de julio al 12 de agosto de 2016, es decir, durante un período de 12 semanas.

5. Las demás recomendaciones del Grupo de Planificación son las habituales, pero se han introducido observaciones particulares preparadas por la División de Codificación de la División de Asuntos Jurídicos en los capítulos relativos a la documentación y las publicaciones para subrayar la importancia que para la Comisión tienen esas publicaciones y el sitio web y para dar las gracias a la Secretaría por el diseño de su nuevo sitio web. Se incorporarán las recomendaciones del Grupo de Planificación, con las modificaciones necesarias, en el último capítulo del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones, titulado «Otras decisiones y conclusiones de la Comisión».

6. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea tomar nota del informe del Grupo de Planificación.

Así queda acordado.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo V. *Protección de la atmósfera* (continuación) (A/CN.4/L.858 y Add.1)

7. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen, párrafo por párrafo, de los documentos A/CN.4/L.858 y Add.1, comenzando por el párrafo 5 del comentario al preámbulo y el párrafo 2 del comentario al proyecto de directriz 1 (Términos empleados), que figuran en el documento A/CN.4/L.858/Add.1 y que están pendientes desde la sesión anterior.

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión (*continuación*)

2. Texto de los proyectos de directriz, con los párrafos del preámbulo, y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Comentario del preámbulo (conclusión)

Párrafo 5 (*conclusión*)

8. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone sustituir, al inicio de la segunda frase, las palabras «la práctica convencional» por «algunos tratados» y añadir las palabras «de la humanidad» después de la segunda mención de «preocupación común». Propone además eliminar, en la versión francesa, la palabra «*davantage*» de la tercera frase, así como añadir las palabras «como tal» después de «declaración normativa».

9. Sir Michael WOOD propone reemplazar, en la segunda frase, la expresión «pueden ser menos claras de lo que deberían» por «aún no han sido establecidas con claridad».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada con cambios de redacción en la versión en inglés.

Queda aprobado el comentario del preámbulo en su forma enmendada.

Comentario del proyecto de directriz 1 (Términos empleados) (*continuación*)

Párrafo 2 (*conclusión*)

10. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone unir la segunda y la tercera frases en una sola, que rezaría: «No obstante, la Comisión juzgó necesario establecer una definición básica a los efectos del presente proyecto de directrices, y la definición dada en el apartado *a* está inspirada en la definición propuesta por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático».

11. El Sr. MURPHY señala que la definición propuesta en el apartado *a* se inspira en la definición formulada, no por el IPCC sino por un grupo de trabajo de este, y propone por ello, en aras de la precisión, modificar el final de la última frase.

Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada con cambios de redacción en la versión en inglés.

Párrafo 3

12. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone modificar el inicio del párrafo para que rece: «La Comisión consideró necesario que la definición jurídica propuesta fuera compatible con el enfoque mantenido por los científicos. Según estos, la atmósfera existe en lo que se denomina "la capa atmosférica"».

Así queda acordado.

13. Tras un debate en el que intervienen el Sr. MURPHY, el Sr. PARK, Sir Michael WOOD, el Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, el Sr. ŠTURMA, la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, el Sr. PETRIČ y el Sr. FORTEAU, el PRESIDENTE propone añadir el adjetivo «seca» después de «atmósfera» en la tercera frase. Propone además, en la sexta frase, añadir las palabras «la exosfera» al final de la enumeración de las capas atmosféricas e introducir «en la exosfera» después de «por encima de la mesopausa».

14. Sir Michael WOOD no está convencido de que la frase sea correcta si se añaden las palabras «en la exosfera» después de «por encima de la mesopausa». Propone eludir la cuestión de la extensión de la atmósfera escribiendo simplemente «La atmósfera no tiene un límite superior bien definido».

Quedan aprobadas todas las propuestas con la excepción de la propuesta del Presidente de añadir «en la exosfera» después de «por encima de la mesopausa».

Queda aprobado el párrafo 3 en su forma enmendada.

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4 con un cambio de redacción de menor importancia.

Párrafo 5

15. El Sr. MURPHY propone en la segunda frase sustituir «transporte transcontinental» por «movimiento transfronterizo a gran distancia» y modificar la parte de la frase que comienza por «el Ártico» para que rece así: «el Ártico, como depositario de contaminantes nocivos, se está convirtiendo en una región gravemente afectada por su propagación a escala mundial».

16. El Sr. PARK señala que la frase que acaba de mencionar el Sr. Murphy ya figura en el párrafo 4 del comentario al preámbulo, por lo que propone suprimirla.

17. El Sr. KOLODKIN es partidario de eliminar la frase en cuestión salvo si la repetición persigue un objetivo preciso.

18. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone mantener la frase para hacer hincapié en la importancia de los movimientos transfronterizos de sustancias contaminantes.

19. El PRESIDENTE propone dejar en suspenso el párrafo para que el Relator Especial pueda tratar la cuestión con los miembros en cuestión.

Queda en suspenso el párrafo 5.

Párrafo 6

20. Sir Michael WOOD propone acortar y simplificar el párrafo suprimiendo las frases tercera a quinta, así como el inicio de la sexta frase, que comenzaría diciendo: «El hecho de centrar la atención en la actividad».

Así queda acordado.

21. El Sr. NOLTE propone insertar «los Estados y» después de las palabras «que puede[n] adoptar» en la última frase.

22. El Sr. MURPHY propone, en aras de la claridad, modificar la primera frase del párrafo de suerte que rece así: «El apartado *b* define la "contaminación atmosférica" y aborda la contaminación atmosférica transfronteriza, mientras que el apartado *c* define la "degradación de la atmósfera" y hace alusión a los problemas atmosféricos a nivel mundial». Propone además modificar el final del párrafo con las siguientes palabras: «es una decisión deliberada, ya que el objetivo de las presentes directrices es guiar a los Estados y a la comunidad internacional para proteger la atmósfera».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 6 en su forma enmendada.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

Párrafo 8

23. El Sr. NOLTE propone añadir las palabras «, o que contribuyan a ponerlos en peligro» al final de la última frase para aclarar la idea de que rara vez la liberación de sustancias pone en peligro por sí sola la vida y la salud humanas o el medio ambiente, sino que contribuye a ello. Considera que el comentario tiene por objeto evitar cualquier malentendido.

Así queda acordado.

24. El Sr. MURPHY propone eliminar la segunda frase del párrafo, puesto que la definición en cuestión figura únicamente en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979 y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 8 en su forma enmendada.

Párrafo 9

25. El Sr. PARK señala que la elección de las referencias relativas a las emisiones radiactivas citadas en la nota a pie de página del final del párrafo 9 parece reflejar la parcialidad del Relator Especial cuando defiende la postura de que la energía nuclear es nefasta y peligrosa. Aunque el orador no ve inconveniente en que se cite el documento del OIEA sobre las consecuencias del accidente de Chernóbil, considera que es importante citar

igualmente documentos relativos a la actividad normal de las instalaciones nucleares, como el informe del Organismo de 2014 titulado *Climate Change and Nuclear Power*[343], en el cual se afirma que el funcionamiento de las centrales nucleares no produce prácticamente gases de efecto invernadero ni contaminantes atmosféricos y que el nivel de emisiones de las centrales a lo largo de su vida útil es muy bajo. El orador propone asimismo añadir al final del párrafo 9 la siguiente frase: «En cambio, no se incluyen las actividades o las políticas relativas a la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear que se rigen por las decisiones del Organismo Internacional de Energía Atómica y la legislación nacional».

26. El Sr. MURASE (Relator Especial) hace suyas las propuestas del Sr. Park.

27. El Sr. KAMTO considera que, si bien en la práctica no se suele volver a una modificación aprobada por el Relator Especial, la inserción al final del párrafo 9 de la frase propuesta por el Sr. Park plantea un problema de lógica en relación con la oración precedente, así que sería preferible introducirla en la nota que figura al final del párrafo 9.

28. El Sr. MURPHY propone sustituir, en la primera frase, las palabras «esa expresión» por «el término "energía"» y añadir, en la segunda oración, las palabras «a los efectos del proyecto de directrices» después de «Se entiende». En cuanto a la nota del final del párrafo 9, el orador duda de la pertinencia de algunas fuentes citadas en relación con las emisiones radiactivas, fundamentalmente las referencias a la declaración del Gobierno de Austria en la negociación del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y al informe del OIEA de 2006, por lo que considera que deben ser eliminadas o, al menos, completadas con otras referencias. Es partidario de introducir la expresión propuesta por el Sr. Park en la nota a pie de página.

29. El Sr. MURASE (Relator Especial) suscribe los cambios en la redacción propuestos por el Sr. Murphy en el párrafo 9. En lo que al punto de vista expresado por el Sr. Kamto se refiere, comparte que sería más adecuado añadir la frase propuesta por el Sr. Park al final de la nota a pie de página. Por lo que respecta a la referencia al informe del OIEA que recomienda eliminar el Sr. Murphy, opina que este documento contiene un análisis objetivo y profundo y merece ser citado.

30. El PRESIDENTE propone suspender brevemente la sesión para que el Relator Especial pueda debatir con los miembros que han propuesto cambios en el párrafo 5, dejado en suspenso, así como en el párrafo 9 y la nota.

Se suspende la sesión a las 16.50 horas y se reanuda a las 17.10 horas.

31. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a comunicar a la Comisión las conclusiones de las consultas referidas al párrafo 5, dejado en suspenso, y al párrafo 9.

[343] OIEA, *Climate Change and Nuclear Power 2014*, Viena, 2014.

Comentario del proyecto de directriz 1 (Términos empleados) (*continuación*)

Párrafo 5 (*conclusión*)

32. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que se han acordado los siguientes cambios: en la segunda frase del párrafo, sustituir las palabras «transporte transcontinental» por «movimiento transfronterizo a gran distancia»; suprimir la expresión «y el Ártico, como depositario de contaminantes nocivos, se está convirtiendo en la región más gravemente afectada»; e insertar la oración «Como ya se señaló en el comentario al preámbulo, la Comisión ha decidido…» en el párrafo 4 después de «También hay un aspecto "funcional", que implica el movimiento de aire a gran escala».

Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada.

Párrafo 9 (*continuación*)

33. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que se ha acordado modificar la redacción del párrafo 9 en los términos propuestos por el Sr. Murphy. En cuanto a la nota del final del párrafo, se ha convenido citar el informe del OIEA de 2014 titulado *Climate Change and Nuclear Power* en un nuevo párrafo, acompañado de un comentario en el que se indique que la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos también presenta aspectos positivos. Por último, se añadirá al final de la nota una frase, cuya redacción exacta está por determinar, a fin de subrayar que el proyecto de directrices se entiende sin perjuicio de las políticas nacionales relativas a la energía nuclear.

34. El Sr. MURPHY suscribe, en principio, el modo en que el Relator Especial pretende modificar la nota, pero desearía conocer el contenido exacto de la frase que se agregará al final de la nota antes de que la Comisión apruebe el párrafo.

35. El PRESIDENTE propone suspender la aprobación del párrafo 9 a la espera de que se comunique a los miembros de la Comisión el texto modificado de la nota.

Queda en suspenso el párrafo 9.

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafo 11

36. El Sr. MURPHY propone añadir al final de la primera frase las palabras «por medio de otra definición».

Así queda acordado.

37. El Sr. TLADI dice que haría falta precisar, en la cuarta frase del párrafo, que se está hablando de la alteración de las condiciones atmosféricas a escala mundial.

38. El Sr. MURASE (Relator Especial) declara que la idea más bien es que es la atmósfera mundial la que es alterada.

39. El Sr. TLADI propone decir en este caso: «…la alteración de las condiciones atmosféricas mundiales causada por el hombre, directa o indirectamente».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 11 en su forma enmendada.

Párrafo 12

40. El Sr. MURPHY dice que, en la versión en inglés, parece que falta entrecomillar la cita de la Comisión que figura en la tercera frase.

41. El Sr. NOLTE dice que debería indicarse la fuente de la cita en cuestión en una nota a pie de página.

42. El PRESIDENTE dice que la Secretaría realizará las comprobaciones necesarias y modificará el párrafo en consonancia.

Queda aprobado el párrafo 12 a condición de que la Secretaría realice las comprobaciones y correcciones necesarias.

Párrafo 13

43. Sir Michael WOOD dice que, al parecer, en la versión en inglés, se ha omitido un verbo en la primera frase después de las palabras «*alteration of atmospheric conditions*» y propone solucionarlo añadiendo las palabras «*must have*».

Así queda acordado.

44. El Sr. MURPHY propone agregar en la misma frase el artículo «*the*» antes de «*alteration of atmospheric conditions*», así como el adverbio «*only*» (únicamente) después de «*has to contribute to*». El orador duda de la pertinencia de la tercera frase, donde se afirma que «la diferencia entre los "efectos nocivos" y los "efectos nocivos sensibles" puede tener poca importancia práctica», puesto que la Comisión ha diferenciado explícitamente los dos conceptos en los apartados *a* y *b* del proyecto de directriz 1. Por ello, sería conveniente suprimir esa frase.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 13 en su forma enmendada.

Comentario del proyecto de directriz 2 (Ámbito de aplicación de las directrices)

Párrafo 1

45. El Sr. MURPHY señala que el texto del comentario remite a los párrafos 1, 2, 3 y 4 del proyecto de directriz, mientras que los párrafos del proyecto de directriz están divididos en *a*, *b*, *c* y *d*.

46. El PRESIDENTE dice que la Secretaría realizará las correcciones necesarias.

47. Sir Michael WOOD propone reemplazar, en la segunda frase de la versión en inglés, el verbo «*provides*» por «*describes*».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 1 en su forma enmendada.

Párrafo 2

48. El Sr. NOLTE propone dividir en dos el párrafo 2, de modo que el nuevo párrafo comience tras la llamada a la nota del final de la octava oración. Señala que la oración «Los datos científicos indican, con un 95 % de certeza, que la actividad humana es la causa principal del calentamiento de la Tierra registrado desde mediados del siglo XX» está formulada de forma demasiado categórica sin que se fundamente con una remisión a una fuente.

49. Sir Michael WOOD dice que se trata de una constatación del IPCC. Así pues, la frase debería comenzar con las palabras «Según el IPCC…» y venir acompañada de una referencia.

50. El Sr. MURASE (Relator Especial) confirma que la frase procede del informe del IPCC citado en la nota del final de la cuarta frase e indica que se incorporará la referencia exacta en el informe. Aprueba la propuesta del Sr. Nolte de dividir en dos el párrafo.

51. El Sr. MURPHY propone, en aras de la coherencia con el proyecto de directriz 2 *a*, suprimir las palabras «transfronteriza» y «global» de la segunda frase. Recuerda que el proyecto de directriz 2 no se ocupa ni de la contaminación en el plano local ni de los fenómenos naturales, por lo que considera que las tres últimas frases no tienen cabida en el párrafo 2, en vista de que contienen afirmaciones discutibles. Por ejemplo, no se debería afirmar que «*cualquier* medida paliativa adoptada por el hombre […] *debe* tener en cuenta la totalidad de la atmósfera […]» como se indica en la última frase. Toda cuestión relacionada con la incidencia de la contaminación local en la contaminación transfronteriza debería tratarse con carácter general en la parte correspondiente del proyecto de directrices.

52. El Sr. NOLTE subraya que en la primera de las tres oraciones cuya eliminación propone el Sr. Murphy se dice que «lo que sucede a escala local *puede* tener repercusiones en el contexto transfronterizo y global», formulación cautelosa que le parece aceptable.

53. Sir Michael WOOD propone modificar esta parte de la frase para que diga: «lo que sucede a escala local puede, *algunas veces*, tener repercusiones en el contexto transfronterizo y global». Sugiere asimismo modificar la última frase a fin de que transmita que «*una* medida paliativa adoptada por el hombre […] *debe quizás* tener en cuenta la totalidad de la atmósfera […]».

54. El Sr. MURASE (Relator Especial) aprueba estas propuestas y no ve inconveniente en suprimir la penúltima frase, como ha propuesto el Sr. Murphy.

55. El PRESIDENTE propone que el Relator Especial aborde este tema con los miembros que han formulado observaciones con vistas a presentar posteriormente una versión del párrafo que haya sido modificada en consonancia.

Así queda acordado.

Párrafo 3

56. El Sr. PETRIČ, respaldado por el Sr. KITTICHAISAREE, dice que algunas de las afirmaciones que figuran

en el párrafo 3 son controvertidas, por lo que se deberían citar más fuentes científicas de autoridad en las correspondientes notas a pie de página.

57. El Sr. MURASE (Relator Especial) suscribe la propuesta y dice que añadirá una remisión a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y a la reciente modificación del Protocolo al Convenio de 1979 sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, relativo a la Reducción de la Acidificación, de la Eutrofización y del Ozono en la Troposfera. Por último, en la versión en inglés de la última frase, la palabra «*warning*» debería rezar «*warming*».

Queda aprobado el párrafo 3 en su versión así rectificada a condición de que se hagan las modificaciones necesarias.

Párrafos 4 y 5

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

Párrafo 6

58. El Sr. MURPHY duda de que convenga entrar en un debate de fondo sobre las cuestiones jurídicas que la Comisión dice no querer prejuzgar. En el párrafo 8 se expresa la idea fundamental, por lo que propone reducir los párrafos 6 a 8 a una simple oración en la que se indique que la Comisión no pretende pronunciarse sobre esas cuestiones. En cambio, si decide mantenerse el párrafo 6, haría falta al menos suprimir la segunda y la tercera frases.

59. Sir Michael WOOD dice que sería de lamentar que se eliminaran los párrafos 6 y 7, puesto que contienen explicaciones útiles sobre la distinción entre atmósfera y espacio aéreo. Por ello, propone mantener el párrafo 6 pero modificarlo eliminando la palabra «aplicable» de la primera frase y añadiendo, tras la cita del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, una nota que remita al artículo 2, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, según el cual la soberanía del Estado ribereño «se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar». Por último, el orador propone suprimir la última frase del párrafo, que no queda clara.

60. El Sr. TLADI dice que, por razones de equilibrio general entre las diferentes partes del proyecto, se deben reagrupar los párrafos 6 a 8, como ha propuesto el Sr. Murphy.

61. El Sr. MURASE (Relator Especial) recuerda que, cuando la Comisión empezó a debatir este proyecto en 2009, uno de los principales temas sobre la mesa era la distinción entre el espacio aéreo y la atmósfera. Las explicaciones que se dan en los párrafos 6 y 7 tienen como destinatarios los miembros de la Sexta Comisión, por lo que merece la pena mantenerlos. Asimismo, es preferible no fusionar los párrafos 6 y 7, ya que el primero trata del espacio aéreo, mientras que el segundo se refiere al espacio ultraterrestre. En cambio, resultan aceptables las demás propuestas del Sr. Murphy y las sugerencias de Sir Michael Wood.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

Párrafo 8

62. El Sr. MURPHY propone modificar la primera frase para que diga que la Comisión ha decidido indicar, en el apartado *d*, que sus directrices no afectan a la condición jurídica del espacio aéreo.

Queda aprobado el párrafo 8 en su forma enmendada.

Comentario del proyecto de directriz 5 (Cooperación internacional)

Párrafo 1

63. El Sr. NOLTE propone simplificar la tercera frase para que rece: «En lugar de considerarse relaciones de colaboración bilaterales, el concepto de cooperación internacional también se basa en gran medida en la noción de intereses comunes de la “comunidad internacional en su conjunto”». Propone igualmente añadir en la nota del final de la tercera frase una remisión a la obra dedicada a un antiguo miembro de la Comisión, Bruno Simma, titulada «From bilateralism to community interest in international law»[344].

64. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ apoya estas propuestas.

65. Sir Michael WOOD considera que las tres primeras frases de introducción del párrafo 1 no son útiles de modo que debería empezar con las siguientes palabras de la quinta oración: «[E]l proyecto de directriz 5 establece la obligación…».

66. El Sr. MURPHY suscribe esta propuesta y dice que se podría modificar la cuarta frase precisando que el comentario se ocupa del proyecto de directriz 5 *a*, y suprimiendo la frase «y subraya en particular la importancia del intercambio de información científica y la vigilancia conjunta en la protección de la atmósfera», dado que se corresponde con el apartado *b* del proyecto de directriz.

67. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que al proyecto examinado le seguirá el proyecto del Sr. Valencia-Ospina sobre los desastres naturales, que se ocupa fundamentalmente de la cooperación internacional, razón por la cual desearía mantener las tres primeras frases de introducción.

68. El PRESIDENTE propone que el Relator Especial trate este tema con los miembros que han formulado observaciones con vistas a presentar posteriormente una versión del párrafo que haya sido modificada en consonancia.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

---

[344] B. Simma, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, vol. 250, págs. 217 a 384.

3288ª SESIÓN

Jueves 6 de agosto de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VIII. *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (conclusión*) (A/CN.4/L.861 y Add.1)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen de la parte del capítulo VIII del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.861/Add.1.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento (*conclusión)**

2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones (*conclusión**)

Comentario del proyecto de conclusión 11 (Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales) (*conclusión**)

Párrafo 3 (*conclusión***)

2. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone que la segunda frase diga lo siguiente: «Las disposiciones contenidas en dicho tratado forman parte del instrumento constitutivo». La tercera frase se debería modificar de la siguiente manera: «El artículo 20, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969 exige la aceptación, por el órgano competente de la organización, de las reservas relativas a su instrumento constitutivo», y se debería trasladar al principio de la segunda nota, donde se actualizaría la referencia al duodécimo informe sobre las reservas a los tratados. Se debería suprimir el resto del párrafo 3.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafo 19 (*conclusión***)

3. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone la supresión de la última parte de la nota del final del párrafo, a partir de las palabras «y, por lo tanto, de un instrumento constitutivo».

Queda aprobado el párrafo 19 con la enmienda de la nota.

Párrafo 32 (*conclusión**)

4. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone que, en la tercera frase, se suprima el texto que aparece después de las palabras «a los efectos de la interpretación». La cuarta frase, reformulada para incorporar la terminología del artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969, quedaría así: «No obstante, los autores suelen coincidir en que la práctica de una organización internacional, como tal, a menudo también será pertinente para aclarar el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin». La quinta frase, así como la nota, se debería suprimir.

5. Se crearía un nuevo párrafo, que comprendería las frases sexta y séptima, y la séptima frase se modificaría de la siguiente manera: «Esas consideraciones también son pertinentes en relación con la propia práctica de una organización internacional».

Queda aprobado el párrafo 32, en su forma enmendada.

Párrafo 33 (*conclusión**)

6. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone que la segunda frase comience con las palabras, «Esas reglas permiten, en particular, tener en cuenta», y que, en la misma frase, se elimine el adjetivo «correcta».

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

Párrafo 34 (*conclusión**)

7. El Sr. NOLTE (Relator Especial) propone que el párrafo 34 se reformule de la siguiente manera:

> «Así pues, el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 permite la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de modo que se tenga en cuenta la práctica de las organizaciones internacionales, para la interpretación de su instrumento constitutivo, y permite también tomar en consideración su carácter institucional. Esos elementos pueden contribuir de ese modo también a determinar si, y, en caso afirmativo, de qué manera, el significado de una disposición del instrumento constitutivo de una organización internacional es susceptible de evolucionar con el tiempo.»

8. La nota del final de la primera frase se debería complementar con referencias a las obras mencionadas en una reunión anterior por el Sr. Forteau y Sir Michael Wood. Se debe suprimir la parte final de la nota, a partir de las palabras «aunque ese planteamiento». La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad* se debería citar al principio de la última nota del párrafo 34, que continuaría así: «Véase también el proyecto de conclusión 3».

Queda aprobado el párrafo 34 con esas enmiendas.

Queda aprobado el comentario del proyecto de conclusión 11, en su totalidad, en su forma enmendada.

---

* Reanudación de los trabajos de la 3285ª sesión.

** Reanudación de los trabajos de la 3284ª sesión.

Queda aprobada en su totalidad la sección C en su forma enmendada.

Queda aprobado en su totalidad el capítulo VIII del proyecto de informe de la Comisión, en su forma enmendada.

Capítulo V. *Protección de la atmósfera* (conclusión) (A/CN.4/L.858 y Add.1)

9. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que prosiga el examen de la parte del capítulo V que figura en el documento A/CN.4/L.858/Add.1.

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, con los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión (*conclusión*)

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRIZ, CON LOS PÁRRAFOS DEL PREÁMBULO, Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 67º PERÍODO DE SESIONES (*conclusión*)

Comentario del proyecto de directriz 1 (Términos empleados) (*conclusión*)

Párrafo 9 (*conclusión*)

10. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone la inserción de material nuevo después de la quinta frase de la nota del final del párrafo, en el que se cite la opinión del Gobierno de Austria sobre los posibles aspectos negativos de las emisiones radiactivas después de un accidente nuclear. El nuevo texto, que ha redactado con la ayuda del Sr. Park y el Sr. Murphy, sería el siguiente: «Ello sin perjuicio de los usos pacíficos de la energía nuclear, cuyo aspecto positivo es la contribución a la mitigación del cambio climático».

11. El Sr. KAMTO, con el apoyo del Sr. CANDIOTI, dice que la propuesta del Relator Especial se refiere a un tema muy controvertido sobre el que la Comisión debería abstenerse de adoptar una postura.

12. El Sr. VÁZQUEZ BERMÚDEZ señala que la solución más adecuada sería que la Comisión se limitara a la declaración general, «Ello sin perjuicio de los usos pacíficos de la energía nuclear».

13. El Sr. FORTEAU dice que está completamente de acuerdo con el Sr. Kamto. En el párrafo 9 del comentario simplemente se define el término «energía» a los efectos del proyecto de directrices, mientras que la enmienda propuesta se centra en los posibles efectos nocivos de una forma específica de energía.

14. El Sr. MURPHY está a favor de que se mantenga el texto de la nota lo más neutral posible. Sin embargo, en la última mitad de esa nota, relativa a las emisiones radiactivas, se citan diversas declaraciones que están lejos de ser neutrales e ignoran el hecho de que el uso pacífico de la energía nuclear es una manera de evitar el cambio climático. Si no se aprueba el nuevo texto propuesto, se debería suprimir la opinión del Gobierno de Austria citada en la nota.

15. Después de un debate en el que participan el Sr. PARK, el Sr. ŠTURMA, el Sr. SABOIA y el Sr. PETRIČ, el Sr. MURASE (Relator Especial) dice que, en un espíritu de compromiso, puede aceptar la supresión de la referencia a las opiniones del Gobierno de Austria y la inserción de las palabras «Ello sin perjuicio de los usos pacíficos de la energía nuclear en relación con el cambio climático en particular» al final de la nota.

Queda aprobado el párrafo 9 con las enmiendas de la nota.

Queda aprobado el comentario del proyecto de directriz 1 en su totalidad, en su forma enmendada.

Comentario del proyecto de directriz 2 (Ámbito de aplicación de las directrices) (*continuación*)

Párrafo 6 (*conclusión*)

16. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone la supresión de la palabra «aplicable» en la primera frase y la supresión de la segunda frase. En la tercera frase, se debería suprimir el principio, de modo que la frase comience con las palabras «La atmósfera y el espacio aéreo son dos conceptos completamente distintos». En la cuarta frase, se debería insertar la expresión «dentro de su territorio» después de la palabra «Estado». En la novena frase, se deberían insertar las palabras «y a ella no se puede extender la soberanía de los Estados» después de las palabras «La atmósfera es invisible, intangible y no separable».

17. Sir Michael WOOD dice que alberga dudas sobre la aprobación de la declaración contenida en la enmienda de la última frase, puesto que es necesario seguir pensando y reflexionando mucho más acerca de la soberanía sobre el aire y el espacio suprayacentes al territorio de un Estado. Por ese motivo, la última frase se debería suprimir o debería terminar con las palabras «no separable».

18. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que estaría de acuerdo en que la última frase terminara con las palabras «no separable».

Queda aprobado el párrafo 6 en su forma enmendada por el Sr. Murase (Relator Especial).

Comentario del proyecto de directriz 5 (Cooperación internacional) (*conclusión*)

Párrafo 1 (*conclusión*)

19. El Sr. MURASE (Relator Especial) propone que se supriman las expresiones «agregado aritmético de» y «en la “sociedad internacional” tradicional» en la tercera oración. La cuarta frase debería decir lo siguiente: «El tercer párrafo del preámbulo del presente proyecto de directrices lo reconoce al afirmar que la protección de la atmósfera de la contaminación y la degradación atmosféricas es una “preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto”». Se debería crear un nuevo párrafo, a partir de la quinta frase, que diga así: «En este contexto, el proyecto de directriz 5, párrafo 1, establece la obligación de los Estados de cooperar, según proceda». Se debería suprimir el resto de la frase, puesto que el intercambio de información científica y la vigilancia conjunta estaban previstos en el párrafo 7.

20. Sir Michael WOOD propone que se sustituyan las frases segunda y tercera con la siguiente frase, que reproduce el texto del comentario sobre el artículo 8 del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre: «El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales»[345].

21. El Sr. MURASE (Relator Especial) dice que preferiría mantener las frases segunda y tercera como están, puesto que es importante en ese contexto destacar el cambio significativo que ha tenido lugar en el derecho internacional en el entendimiento de la cooperación internacional.

22. El Sr. NOLTE se pregunta cuáles podrían ser las dificultades concretas de Sir Michael Wood con esas frases, puesto que no parecen controvertidas.

23. Sir Michael WOOD dice que la naturaleza teórica y académica del lenguaje utilizado en las frases las hacía confusas e inadecuadas para el comentario.

24. El Sr. TLADI dice que, en su opinión, las enmiendas a la tercera frase propuestas por el Relator Especial abordaban adecuadamente las preocupaciones planteadas por Sir Michael Wood. Está de acuerdo con el Relator Especial en la importancia de subrayar el hecho de que la cooperación internacional se basa en el concepto de los intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto.

25. El Sr. SABOIA, con el apoyo del Sr. PETRIČ, coincide con la última observación.

26. El Sr. MURPHY dice que tal vez fuera útil suprimir la referencia a las relaciones bilaterales de colaboración con el fin de centrarse en el aspecto clave, a saber, la idea de que la cooperación internacional se basa en los intereses comunes de la comunidad internacional.

27. El Sr. McRAE propone, como solución de compromiso, que las frases segunda y tercera se fusionen en la nueva frase siguiente: «El concepto de cooperación internacional ha experimentado un cambio notable en el derecho internacional y en la actualidad se basa en gran medida en la noción de intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto».

28. El Sr. MURASE (Relator Especial), con el apoyo de la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ y Sir Michael WOOD, respalda esa propuesta.

Queda aprobado el párrafo 1 en su forma enmendada por el Sr. Murase (Relator Especial) y subenmendada por el Sr. McRae.

Párrafo 2

29. El Sr. NOLTE propone que las frases segunda y tercera del párrafo 12, que se refieren al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, se deberían trasladar al párrafo 2, teniendo en cuenta la especial relevancia del fallo para la cuestión de la cooperación internacional.

30. El Sr. KAMTO dice que, si se trasladara la referencia al fallo de la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, tendría que ir precedida de una introducción. En la actualidad, en la frase introductoria del párrafo 2 solo se mencionan los instrumentos multilaterales pertinentes para la protección del medio ambiente.

31. El Sr. NOLTE propone que las frases segunda y tercera del párrafo 12 se coloquen después de la segunda frase del párrafo 2 y vayan precedidas de la expresión «Además, en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*,».

Queda aprobado el párrafo 2 con esa enmienda.

Párrafo 3

32. El Sr. KAMTO propone que se incluya una nota que haga referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que contiene diversas disposiciones sobre la obligación de cooperar, en particular en el contexto de la protección del medio ambiente.

33. El Sr. FORTEAU dice que tal vez sería preferible que, en los comentarios, la Comisión citara solo los textos directamente relacionados con la protección de la atmósfera.

34. El Sr. MURASE (Relator Especial) señala que, si la Comisión así lo desea, podría redactar una nota al párrafo 3 en la que se detallen las disposiciones sobre la cooperación internacional de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Queda aprobado el párrafo 3 en ese entendimiento.

Párrafo 4

35. El Sr. FORTEAU propone la supresión del párrafo debido a su falta de relevancia para la protección de la atmósfera.

36. El Sr. NOLTE dice que la Comisión no debería ser demasiado restrictiva en su enfoque y que la referencia en el párrafo a la protección de un curso de agua internacional no está demasiado lejos del tema de la protección de la atmósfera.

37. El Sr. FORTEAU señala que la manera en que la obligación de cooperar se formuló en el apartado *a* del proyecto de directriz 5 parece bastante diferente de la formulación utilizada en el artículo 8 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, citada en el párrafo 4. Sin embargo, teniendo en cuenta el escaso tiempo disponible, no insistirá en ese aspecto.

Queda aprobado el párrafo 4.

Párrafos 5 y 6

Quedan aprobados los párrafos 5 y 6.

[345] *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte), pág. 78 (párrafo 1 del comentario del proyecto de artículo 8 [5]).

Párrafo 7

38. El Sr. MURPHY propone que, en aras de la claridad, la segunda frase se traslade al principio del párrafo. Entonces, la que es ahora la primera frase se debería reformular de la siguiente manera: «El apartado *b* del proyecto de directrices destaca, en particular, la importancia de aumentar los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica».

Queda aprobado el párrafo 7 con esa enmienda.

Párrafos 8 y 9

Quedan aprobados los párrafos 8 y 9.

Párrafo 10

39. El Sr. MURPHY dice que presentará varias correcciones editoriales de menor importancia a la Secretaría.

40. El Sr. KAMTO señala que, en aras de la legibilidad, se debería añadir una frase introductoria, en la que se indique que el deber de cooperar implica, entre otras cosas, el intercambio de información. Presentará un texto en ese sentido a la Secretaría.

Queda aprobado el párrafo 10 en el entendimiento de que será corregido y complementado por el Sr. Murphy y el Sr. Kamto, respectivamente.

Párrafo 11

Queda aprobado el párrafo 11.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12, sujeto a la reubicación al párrafo 2 de la frase sobre la causa relativa a las Plantas de celulosa en el río Uruguay.

Queda aprobado en su totalidad el comentario del proyecto de directriz 5 en su forma enmendada.

Queda aprobada en su totalidad la sección C en su forma enmendada.

Queda aprobado en su totalidad el capítulo V del proyecto de informe de la Comisión, en su forma enmendada.

Capítulo IV. *La cláusula de la nación más favorecida* (A/CN.4/L.866)

41. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine el capítulo de su proyecto de informe sobre «La cláusula de la nación más favorecida», que figura en el documento A/CN.4/L.866. El capítulo aparecerá en el informe de la Comisión como capítulo IV; todos los demás capítulos del informe se volverán a numerar en consecuencia.

A. Introducción

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 3 a 9

Quedan aprobados los párrafos 3 a 9.

Párrafo 10

42. El Sr. NOLTE recuerda que la Comisión ha acordado que aprobará determinadas conclusiones o párrafos del informe «como propios». Propone que, en aras de la transparencia, se señale expresamente en la segunda frase, y que, por lo tanto, se inserte la expresión «aprueba los siguientes párrafos del informe como propios» después de «Asamblea General,».

43. El Sr. KAMTO dice que, si la expresión «como propios» se incluye en el presente capítulo, entonces la Comisión tendría que incluirla en todos los demás capítulos. En cualquier caso, cuando la Comisión apruebe el informe, todo él se convertirá en su propio documento.

44. El Sr. NOLTE dice que la razón para especificar que la Comisión está aprobando las conclusiones «como propias» es diferenciar esos textos de otros que simplemente acoge con beneplácito. Si la Comisión no considera esa inserción útil o necesaria, no insistirá en ello.

45. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) recomienda que se mantenga la redacción del párrafo en su forma actual.

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafos 11 a 15

46. El Sr. CANDIOTI dice que los párrafos 11 a 15 contienen la esencia de la importante y excelente labor llevada a cabo por el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida. Por consiguiente, los párrafos se deberían destacar mediante la adición de una introducción.

47. El PRESIDENTE dice que la Secretaría insertará una frase antes de los párrafos para indicar que la Comisión los ha aprobado como conclusiones resumidas.

En ese entendimiento, quedan aprobados los párrafos 11 a 15.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

C. Reconocimiento al Grupo de Estudio y a su Presidente

Párrafo 17

Queda aprobado el párrafo 17.

Queda aprobada la sección C.

Queda aprobado en su totalidad el capítulo IV del proyecto de informe de la Comisión en su forma enmendada.

Capítulo VI. *Identificación del derecho internacional consuetudinario* (A/CN.4/L.859)

48. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el capítulo V del informe, que figura en el documento A/CN.4/L.859.

A. Introducción

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 4 y 5

49. El Sr. PARK propone que, en la tercera frase del párrafo 5, se inserten las palabras «del Presidente del Comité de Redacción» después de la palabra «informe» y que se inserten las palabras «aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción» después de «proyectos de conclusión». Además, propone la siguiente adición al final del párrafo: «Los proyectos de conclusión se aprobarán con los comentarios en 2016».

50. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que apoya las propuestas del Sr. Park, excepto la última. La Comisión no puede formular con certeza esa declaración en la actualidad, y no es necesario hacerlo, puesto que en su tercer informe (A/CN.4/682) recomendó que los proyectos de conclusión se aprobaran en primera lectura en 2016.

Quedan aprobadas las dos primeras propuestas del Sr. Park.

51. Sir Michael WOOD (Relator Especial) propone que los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción se coloquen en una única nota, como se ha hecho con otros temas. Los proyectos de conclusión que aparecieron originalmente en su tercer informe, que actualmente figuran en una serie de notas al pie, se deberían combinar en una única nota.

52. La Sra. JACOBSSON dice que, para la presentación de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, la Comisión debería seguir la fórmula que ha utilizado en sus informes anteriores a la Asamblea General.

53. El Sr. NOLTE señala que él no se opondrá, en el presente caso, a que se presenten los proyectos de conclusión utilizando el método que acaba de proponer el Relator Especial, pero no está a favor de su adopción como práctica habitual. Hay importantes razones para no perpetuar esa práctica, y el Grupo de Planificación debería examinar el asunto.

54. El Sr. MURPHY dice que una sola nota al pie con todos los proyectos de conclusión propuestos en el informe del Relator Especial y otra con los proyectos de conclusión provisionalmente aprobados por el Comité de Redacción serían dos notas relativamente voluminosas. Esa manera de proceder podría ser considerada por las delegaciones en la Sexta Comisión como una sobrecarga de información, y podría estar llevando la política de la Comisión de transparencia demasiado lejos. Está de acuerdo en que es importante revisar el tema en el Grupo de Planificación.

55. El Sr. TLADI dice que está completamente de acuerdo con las observaciones formuladas por el Sr. Nolte y el Sr. Murphy; sin embargo, si la Comisión ha adoptado la decisión en una reunión anterior de incorporar determinados textos de la manera que acaba de proponer el Relator Especial, esa práctica se debería seguir hasta nuevo aviso. Posteriormente, la cuestión se podría tratar en el Grupo de Planificación.

56. El Sr. CANDIOTI dice que apoya los esfuerzos del Relator Especial por incluir la mayor cantidad de información actualizada que sea posible, lo cual facilitará el debate en la Sexta Comisión.

57. El PRESIDENTE sugiere que los proyectos de conclusión originalmente propuestos por el Relator Especial aparezcan como nota al párrafo 4, y los aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción como nota al párrafo 5.

Queda aceptada la propuesta.

58. Sir Michael WOOD (Relator Especial) desea invitar a la Comisión a que pida a la Secretaría que prepare un memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario.

59. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea formular la solicitud a la Secretaría propuesta por el Relator Especial. El texto de la solicitud de un memorando se incluirá en un párrafo 5 *bis*, que se insertará después del párrafo 5.

Así queda acordado.

Quedan aprobados los párrafos 4, 5 y 5 bis, *en su forma enmendada durante el debate.*

1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafo 7

60. El Sr. PARK propone que la palabra «tercer» se inserte después de «El» y antes de «informe» en la primera frase.

61. El Sr. FORTEAU (Presidente del Comité de Redacción) dice que, en la sexta frase, las palabras «y de la práctica de los actores no estatales» [«*et de la pratique des acteurs non-étatiques*»] se deberían insertar después de «organizaciones internacionales».

62. Sir Michael WOOD (Relator Especial) está de acuerdo con las propuestas.

Queda aprobado el párrafo 7 en su forma enmendada.

Párrafos 8 a 13

Quedan aprobados los párrafos 8 a 13.

Párrafo 14

63. El Sr. NOLTE propone que, en la segunda frase, se cambie el orden de las palabras de la siguiente manera: «Al hablar de jurisprudencia el informe se refería a las decisiones de los tribunales tanto internacionales como nacionales». Si se acepta la propuesta, entonces, en la tercera frase, la palabra «últimas» se tendría que reemplazar por «primeras».

64. Sir Michael WOOD (Relator Especial) está de acuerdo con las propuestas del Sr. Nolte.

Queda aprobado el párrafo 14 en su forma enmendada.

Párrafos 15 a 17

Quedan aprobados los párrafos 15 a 17.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18.

Párrafo 19

65. El Sr. TLADI recuerda que durante el intercambio de opiniones que era el tema del párrafo, se expresaron tres opiniones diferentes: todas ellas deberían quedar debidamente reflejadas. Por lo tanto, propone que, después de la segunda frase, se añada la siguiente frase: «Según esta opinión, no estaba previsto que el cambio en el nombre del tema afectara a su objeto de atención». Antes de la última frase, se debería insertar la frase siguiente: «Otra opinión era que, aunque el tema se centraba en la identificación, ello no impedía el examen de cuestiones de formación en la medida en que fueran pertinentes para la identificación».

66. Sir Michael WOOD (Relator Especial) está de acuerdo con esa propuesta.

Queda aprobado el párrafo 19 en su forma enmendada.

b) *Relación entre los dos elementos constitutivos*

Párrafos 20 y 21

Quedan aprobados los párrafos 20 y 21.

Párrafo 22

67. El Sr. NOLTE propone que la palabra «causalidad» se sustituya por la palabra «secuencia».

Queda aprobado el párrafo 22 en su forma enmendada.

c) *La inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho*

Párrafo 23

68. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propone que las palabras «(*opinio iuris*)» se inserten después de las palabras «aceptación como derecho» en el título del subepígrafe *c* y en la segunda frase del párrafo 23.

Queda aprobado el párrafo 23 en su forma enmendada.

Párrafo 24

69. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ propone que se añada la siguiente frase al final del párrafo: «Se añadió que lo que era importante era establecer si la inacción, en un caso particular, podría equipararse a la *opinio iuris*».

Queda aprobado el párrafo 24 en su forma enmendada.

d) *Función de los tratados y las resoluciones*

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

70. Sir Michael WOOD (Relator Especial) señala que donde dice «*geographical repartition*» en el original inglés debería decir «*geographical distribution*».

Queda aprobado el párrafo 26 en su forma enmendada.

Párrafo 27

71. Sir Michael WOOD (Relator Especial) propone que, en la cuarta frase la expresión «o el procedimiento de aprobación de la resolución o su objeto» se debería sustituir por «o la votación y el procedimiento utilizados para aprobar la resolución y el objeto de la resolución».

72. El Sr. MURPHY apoya esa propuesta a condición de que se suprima la palabra «o».

Queda aprobado el párrafo 27 en su forma enmendada.

Párrafo 28

73. El Sr. TLADI propone, en aras de la precisión, que después de la primera frase se añada la siguiente frase: «Se expresó la opinión de que, en algunos casos, tal vez sea posible que las resoluciones constituyan una prueba de la existencia de una norma consuetudinaria».

74. El Sr. NOLTE, después de expresar su apoyo a la propuesta del Sr. Tladi, señala que, en la primera frase, donde dice «no podían por sí mismas constituir prueba suficiente» debería decir «no podían, en y por sí mismas, constituir prueba suficiente».

Queda aprobado el párrafo 28 en su forma enmendada.

e) *Jurisprudencia y doctrina*

Párrafo 29

75. El Sr. NOLTE, en referencia a la tercera frase, cuestiona la idoneidad de la expresión «tenían la misma importancia» en relación con la doctrina y la jurisprudencia: podrían ser de mayor o menor importancia, dependiendo del caso particular de que se trate. Por lo tanto, propone que la expresión se reemplace por «tenían el mismo carácter».

Queda aprobado el párrafo 29 en su forma enmendada.

Párrafo 30

Queda aprobado el párrafo 30.

Párrafo 31

76. Sir Michael WOOD (Relator Especial), en relación con la expresión «*should be qualified more explicitly*» en la segunda frase del original inglés, dice que las palabras «*more explicitly*» parecen innecesarias y se deberían suprimir.

Queda aprobado el párrafo 31 en su forma enmendada.

f) *Pertinencia de las organizaciones internacionales*

77. El Sr. NOLTE propone que, en aras de la precisión, el subepígrafe se modifique de la siguiente manera: «La pertinencia de las organizaciones internacionales y los actores no estatales».

Así queda acordado.

Párrafo 32

78. El Sr. MURPHY, con el apoyo de Sir Michael WOOD (Relator Especial), propone que se añada la frase siguiente al final del párrafo: «Se expresó la opinión de que el proyecto de conclusión, en su formulación escrita, no abordaba aspectos fundamentales, como la cuestión de si la inacción de las organizaciones internacionales contaba como práctica, si se requería tanto la práctica como la *opinio iuris* de las organizaciones internacionales y si la norma a la que contribuye una organización internacional es vinculante únicamente para las organizaciones internacionales, únicamente para los Estados, o para todos ellos».

Queda aprobado el párrafo 32 en su forma enmendada.

Párrafo 33

79. El Sr. FORTEAU cuestiona la pertinencia de la declaración de la segunda frase que dice «ya que algunas organizaciones internacionales estaban integradas por Estados» y propone que la palabra «algunas» se sustituya por «la mayoría».

80. El Sr. NOLTE dice que está de acuerdo en que la frase tal y como está redactada actualmente es difícil de comprender.

81. Sir Michael WOOD (Relator Especial) propone que, con el fin de responder a las preocupaciones del Sr. Nolte y el Sr. Forteau, la frase se modifique de la siguiente manera: «la expresión “otros agentes no estatales” no se consideró completamente clara, ya que las organizaciones internacionales estaban integradas por Estados». De ese modo, estaría en consonancia con la decisión adoptada en el Comité de Redacción basada en la opinión de que las organizaciones internacionales se podrían considerar agentes estatales y no agentes no estatales porque sus miembros comprenden Estados.

Queda aprobado el párrafo 33 en su forma enmendada.

g) *La costumbre particular*

Párrafo 34

82. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, en relación con la segunda frase, propone que «se expresó la opinión» se sustituya por «algunos miembros de la Comisión expresaron la opinión».

83. Sir Michael WOOD (Relator Especial) propone que en la misma frase, la expresión «debía quedar excluida del» se reemplace por «no incidía en él».

Queda aprobado el párrafo 34 con esas enmiendas.

Párrafo 35

84. El Sr. MURPHY propone que se añada la siguiente frase al final del párrafo: «Se expresó la opinión de que al prever la existencia de una costumbre particular entre un grupo ampliamente disperso de Estados sin ningún nexo geográfico, el proyecto de conclusión propuesto alentaba a que se hicieran afirmaciones confusas en cuanto a la existencia de tal costumbre y podía fragmentar el derecho internacional consuetudinario sin ningún fundamento en la práctica». En la segunda frase del original inglés, donde dice «*for particular customs rather than universal customs*» debería decir «*for particular customs than universal customs*».

85. Sir Michael WOOD (Relator Especial) está de acuerdo con la primera propuesta del Sr. Murphy. En cuanto a su segunda propuesta, debería ser «para la costumbre particular que para la costumbre general», puesto que la noción de costumbre universal es diferente de la de costumbre general.

86. El Sr. FORTEAU recuerda que durante el debate sobre el tema se hizo referencia a la costumbre universal.

87. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que entonces la frase debería quedar así: «para la costumbre particular que para la costumbre general o universal».

Queda aprobado el párrafo 35 en su forma enmendada por el Sr. Murphy y subenmendada por Sir Michael Wood (Relator Especial).

h) *Objetor persistente*

Párrafo 36

88. El Sr. CAFLISCH expresa preocupación por que se diga que la regla del objetor persistente tiene «una amplia aceptación en la doctrina» y sugiere que «una aceptación parcial» sería más preciso.

89. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que, según su estudio de la doctrina pertinente, muchos autores, especialmente los de manuales, aceptan la regla.

90. El Sr. FORTEAU sugiere que la inserción de las palabras «según algunos miembros» [«*selon certains membres*»] antes de la afirmación «tenía una amplia aceptación en la doctrina» resolvería el problema.

Queda aprobado el párrafo 36 en su forma enmendada por el Sr. Forteau.

Párrafo 37

91. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que para reflejar con mayor precisión las opiniones expresadas en la segunda frase, la afirmación de que «sería útil examinar la interacción de dicha norma con las obligaciones *erga omnes* o las normas imperativas (*ius cogens*)» se debería modificar de la siguiente manera: «en cualquier caso, aunque existiera esa regla, no se podría aplicar a las obligaciones *erga omnes* […]».

Queda aprobado el párrafo 37 en su forma enmendada.

i) *Futuro programa de trabajo*

Párrafos 38 y 39

Quedan aprobados los párrafos 38 y 39.

3. Observaciones finales del Relator Especial

Párrafo 40

Queda aprobado el párrafo 40.

Párrafo 41

92. El Sr. NOLTE, en relación con la afirmación de la quinta frase de que «podía haber ocasiones en que, excepcionalmente, se usara la misma prueba para verificar los dos elementos», propone que la palabra «excepcionalmente» se sustituya por «a veces». Ello reflejaría mejor el hecho de que el Relator Especial suavizó su posición con respecto a la posibilidad de usar la misma prueba para verificar los dos elementos.

93. El Sr. TLADI dice que aunque a él tampoco le gusta la palabra «excepcionalmente», esa es la palabra utilizada por el Relator Especial en sus observaciones finales.

94. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que si bien puede aceptar la supresión de la palabra «excepcionalmente», no es necesario sustituirla por «a veces», puesto que esa idea está presente en la expresión «podía haber ocasiones en que». Además, donde dice «la determinación de una norma de derecho internacional consuetudinario había de efectuarse por separado respecto de cada uno de los elementos» en la tercera frase debería decir «cada elemento se ha de verificar por separado para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario».

Queda aprobado el párrafo 41 en su forma enmendada por el Sr. Nolte y subenmendada por Sir Michael Wood (Relator Especial).

Párrafo 42

95. El Sr. NOLTE, en relación con la última frase, sobre la función de los agentes no estatales en la formación y la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, propone que, después de la expresión «impulsando o haciendo constar la práctica de los Estados», se añadan las palabras «y la práctica de las organizaciones internacionales».

96. Sir Michael WOOD (Relator Especial), en relación con la primera frase, dice que no hay necesidad de añadir ningún tipo de énfasis mediante el uso de la cursiva en las palabras «como tales». No está satisfecho con la redacción de la segunda parte de la frase, «ya que parecía claro que la práctica de las organizaciones internacionales en sus relaciones entre ellas, al menos, podía dar lugar a normas consuetudinarias vinculantes en esas relaciones», y propone su supresión.

97. El Sr. MURPHY dice que es importante mantener el fondo de esa parte de la frase puesto que refleja el debate sobre el tema.

98. El Sr. NOLTE dice que la segunda parte de la frase quedaría mejor sin la palabra «claro» y propone su supresión.

Queda aprobado el párrafo 42 en su forma enmendada por el Sr. Nolte y con la corrección editorial propuesta por Sir Michael Wood (Relator Especial).

Párrafos 43 a 45

Quedan aprobados los párrafos 43 a 45.

Párrafo 46

99. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que se han omitido algunos detalles importantes del párrafo, incluidos algunos comentarios que habían hecho él y otros sobre los trabajos colectivos de la Comisión. Por lo tanto, propone que el párrafo se deje en suspenso para que pueda presentar texto adicional.

El párrafo 46 se deja en suspenso.

Párrafos 47 a 49

Quedan aprobados los párrafos 47 a 49.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3289ª SESIÓN

Jueves 6 de agosto de 2015, a las 15.05 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. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*continuación*)

Capítulo VI. ***Identificación del derecho internacional consuetudinario*** **(conclusión) (A/CN.4/L.859)**

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que indique qué se ha decidido tras las consultas celebradas con los miembros interesados en relación con el párrafo 46, que había quedado pendiente.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*)

3. Observaciones finales del Relator Especial (*conclusión*)

Párrafo 46 (*conclusión*)

2. Sir Michael WOOD (Relator Especial) dice que, en el curso del debate, varios miembros plantearon la cuestión de la función de la Comisión, sin que ello haya quedado reflejado en el resumen del debate. Por ello, propone que, después del párrafo 46, se añada un nuevo párrafo que diga lo siguiente: «El Relator Especial observó que muchos colegas habían indicado que debería haber una conclusión específica sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional. Aun cuando no estaba convencido de la necesidad de incluir una conclusión específica en lugar de explicar el papel de la Comisión en los comentarios, esperaba que el Comité de Redacción estudiase la cuestión». Esta propuesta invalida la que se formuló en la sesión anterior.

Queda aprobada la propuesta.

3. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dice que apoya la propuesta del Relator Especial, pero que el resumen del debate debería reflejar lo que varios miembros habían dicho acerca de la labor de la Comisión. Por consiguiente, propone añadir al final de la parte relativa a la jurisprudencia y la doctrina un párrafo 31 *bis* que diga: «Varios miembros afirmaron que la labor de la Comisión de Derecho Internacional, que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas al que se ha encomendado el mandato de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no podía equipararse con la doctrina o las enseñanzas de los especialistas en derecho público».

Queda aprobada la propuesta.

Quedan aprobados el nuevo párrafo que se ha propuesto añadir después del párrafo 46 y el nuevo párrafo 31 bis.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo VI del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad, en su forma enmendada.

Capítulo IX. ***Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*** **(A/CN.4/L.862)**

4. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que examinen, párrafo por párrafo, el capítulo IX, publicado con la signatura A/CN.4/L.862.

A. Introducción

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 3 a 12

Quedan aprobados los párrafos 3 a 12.

Párrafo 13

5. El Sr. NOLTE propone que, en la oración que comienza por «Se reconoció que», se inserten las palabras «en principio» después de «se aplicaba».

Queda aprobado el párrafo 13 en su forma enmendada.

Párrafo 14

Queda aprobado el párrafo 14.

Párrafo 15

6. El Sr. MURPHY propone que, en la penúltima oración, se inserten las palabras «algunas de» antes de «las» en la expresión «las normas de derecho de los conflictos armados».

Queda aprobado el párrafo 15 en su forma enmendada.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16.

Párrafo 17

7. El Sr. NOLTE propone que, en la cuarta oración, se sustituyan las palabras «poseían» por «tendrían», y «carácter jurídico normativo» por «peso jurídico».

Queda aprobado el párrafo 17 en su forma enmendada.

Párrafo 18

8. El Sr. PARK propone que se añadan las palabras «en el contexto de los conflictos armados no internacionales» al final del párrafo 18.

Queda aprobado el párrafo 18 en su forma enmendada.

Párrafos 19 a 41

Quedan aprobados los párrafos 19 a 41.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo IX del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad, en su forma enmendada.

Capítulo X. ***Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*** **(A/CN.4/L.863 y Add.1)**

9. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que examinen, párrafo por párrafo, el capítulo X, publicado con la signatura A/CN.4/L.863.

A. Introducción

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3 con un cambio de redacción de menor importancia en la nota a pie de página de la segunda frase.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 4 a 6

Quedan aprobados los párrafos 4 a 6.

1. Presentación por la Relatora Especial de su cuarto informe

Párrafos 7 y 8

Quedan aprobados los párrafos 7 y 8.

Párrafo 9

10. El Sr. NOLTE propone que, en la frase que comienza por «*The study of national judicial practice*» de la versión en inglés, se sustituya el adjetivo «*high*» por «*large*».

Queda aprobada la propuesta.

11. El Sr. MURPHY sugiere que se divida el texto en varios párrafos para hacerlo más legible.

12. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que apoya la propuesta y que informará a la Secretaría sobre lo que decida al respecto.

Queda aprobado el párrafo 9 en su forma enmendada.

Párrafos 10 a 16

Quedan aprobados los párrafos 10 a 16.

Párrafo 17

Queda aprobado el párrafo 17 con un cambio de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

Párrafo 18

13. El Sr. NOLTE señala a la atención de los miembros la última oración y dice que las palabras «que se abordaría en profundidad en el quinto informe» deberían referirse al reconocimiento automático y mecánico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de los actos cometidos por funcionarios del Estado a título oficial, y no a la calificación de esa categoría de actos como crímenes internacionales, ya que esta última cuestión ha quedado comprendida en el cuarto informe (A/CN.4/686). Por consiguiente, propone modificar esa parte de la oración y añadir una nueva última oración que diga: «Esta cuestión será objeto de un examen más minucioso en el quinto informe».

14. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) apoya la idea de añadir una nueva última oración, pero propone que esta diga más bien: «Esta cuestión se analizará más detenidamente en el quinto informe».

Queda aprobada la propuesta.

15. Sir Michael WOOD propone que, en la versión en inglés de la oración mencionada por el Sr. Nolte, se suprima la palabra «*as*» antes de «*performed*», por considerarla superflua.

Queda aprobada la propuesta.

Queda aprobado el párrafo 18 en su forma enmendada.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

Párrafo 19

16. El Sr. NOLTE señala a la atención de los miembros la oración que comienza por «Y lo que era más importante» y dice que el párrafo se refiere al cuarto informe de la Relatora Especial, relativo a la noción de acto realizado a título oficial, y que no tiene la impresión de que ese aspecto del derecho sobre la inmunidad del Estado se encuentre en un «estado de cambio», a diferencia de la cuestión de las excepciones. La expresión «estado de cambio» no le parece apropiada en ese contexto, por lo que propone que se suprima. Además, considera que la contraposición de la penúltima oración no ha lugar, puesto que, en el debate, la preservación de la estabilidad de las relaciones entre Estados no se contrapone con el avance del derecho internacional, sino con la lucha contra la impunidad. Así pues, el orador propone que se supriman las palabras «salvaguardando a la vez la estabilidad de las relaciones entre Estados».

17. El Sr. KOLODKIN comparte las preocupaciones expresadas por el Sr. Nolte. Añade que, si el párrafo 19 tiene por objeto resumir el debate, y no formular una observación general, las dos oraciones mencionadas por el Sr. Nolte deberían ir precedidas de una expresión que podría ser «Algunos miembros señalaron».

18. El Sr. HMOUD dice que el cuarto informe en su conjunto muestra que la práctica de los Estados no está establecida, por lo que la expresión «estado de cambio» es perfectamente adecuada en ese contexto y desea conservarla. En cuanto a la segunda cuestión planteada por el Sr. Nolte, propone que, en lugar de suprimir toda la expresión «salvaguardando a la vez la estabilidad de las relaciones entre Estados», se inserten antes las palabras «teniendo en cuenta la necesidad de luchar contra la impunidad».

19. El Sr. KITTICHAISAREE propone que se sustituya la oración «Y lo que era más importante […] aplicables» por una nueva oración que diga: «Además, la práctica de los Estados no era uniforme», ya que el cuarto informe ha demostrado la existencia de prácticas divergentes. Asimismo, propone que se suprima el resto del párrafo porque, en los últimos años, varios miembros han afirmado repetidamente que no hay que distinguir entre el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

20. Sir Michael WOOD comparte la opinión del Sr. Nolte y el Sr. Kolodkin. Considera que el párrafo recoge primero la opinión de la Comisión en su conjunto y, después, la de algunos miembros. Por ello, propone que se divida el texto en dos después de la tercera oración y que la segunda parte comience con la expresión «Algunos miembros señalaron que».

21. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) propone, habida cuenta de las observaciones formuladas y a fin de recoger más fielmente las distintas opiniones expresadas en el curso del debate, que se modifique la oración «Y lo que era más importante, la dirección de la práctica de los Estados […] aplicables» para que diga lo siguiente: «Según algunos miembros de la Comisión, la práctica de los Estados no era uniforme y, lo que era más importante, la dirección de la práctica de los Estados se encontraba en un "estado de cambio" de tal índole que no resultaba fácil identificar las normas clara e inequívocamente aplicables». También propone que se inserte un punto en la penúltima oración, después de las palabras «hacer avanzar el derecho internacional», y que a continuación se añada una nueva oración que diga: «Se dijo también que era necesario mantener un equilibrio entre la lucha contra la impunidad y la salvaguardia de la estabilidad en las relaciones entre Estados».

22. El Sr. HMOUD propone que la primera oración propuesta por la Relatora Especial comience con una fórmula impersonal en lugar de las palabras «Según algunos miembros de la Comisión», a fin de dar a entender que la opinión expresada no es la de la Comisión, sino únicamente la de algunos de sus miembros.

Queda aprobado el párrafo 19 con la nueva redacción de la Sra. Escobar Hernández y la modificación propuesta por el Sr. Hmoud.

Párrafos 20 y 21

Quedan aprobados los párrafos 20 y 21.

Párrafo 22

23. El Sr. HMOUD propone que, en la cuarta oración, se suprima la expresión «por completo», se sustituyan las palabras «la inmunidad jurisdiccional restrictiva de los Estados» por «el enfoque restringido de la inmunidad jurisdiccional de los Estados» y, a continuación, se añada el siguiente texto: «que permitía que un Estado ejerciera su jurisdicción respecto de actividades comerciales y otras actividades que no tuvieran carácter público de otro Estado. Según esta opinión, la prueba adecuada para conceder la inmunidad oficial por un acto realizado a título oficial debería depender de que el acto fuera en beneficio del Estado de la persona que lo realizase y de que se asegurase el ejercicio efectivo de su función».

24. El Sr. TLADI propone que se simplifique la segunda parte de la oración que comienza por «Si bien algunos miembros reconocieron la asimetría existente […]» para que diga: «[…] se hizo la advertencia de que la Comisión corría el riesgo de establecer un régimen […]».

25. El Sr. KITTICHAISAREE apoya la propuesta del Sr. Tladi y, a propósito de la misma oración, dice que la expresión «diametralmente opuesto» no le parece correcta y debería sustituirse por otra.

26. Sir Michael WOOD propone que las palabras «la asimetría existente» se sustituyan por «las contradicciones existentes».

27. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que agradecería que los Sres. Hmoud y Tladi le transmitieran por escrito sus propuestas de reformulación pero que, en principio, está a favor de incluirlas en el texto. En respuesta a la observación del Sr. Kittichaisaree, propone sustituir las palabras «diametralmente opuesto» por «que no se ajusta plenamente». En cuanto a la propuesta de Sir Michael Wood de sustituir la palabra «asimetría», prefiere la palabra «diferencias», que es más neutra.

28. El Sr. PETRIČ pide a la Relatora Especial que dé lectura a las oraciones que se han modificado.

29. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) propone, si la Comisión lo desea, presentar una versión escrita del párrafo en su forma enmendada, ya sea más adelante durante la sesión o en otra sesión, después de celebrar consultas más amplias con los miembros interesados.

30. El PRESIDENTE propone proseguir el examen del documento y suspender la sesión más tarde para que la Relatora Especial pueda celebrar las consultas necesarias con objeto de ultimar los párrafos que queden en suspenso.

Se deja en suspenso el examen del párrafo 22.

Párrafo 23

31. Sir Michael WOOD dice que, al menos en la versión en inglés, la primera oración del párrafo tiene una extraña formulación y debería volver a redactarse.

32. El PRESIDENTE propone que el párrafo 23 también sea objeto de consultas más adelante.

Se deja en suspenso el examen del párrafo 23.

Párrafo 24

33. El Sr. KOLODKIN dice que habría que revisar el párrafo para dejar claro, al igual que en la primera oración, que las opiniones expresadas no son de la Comisión, sino de algunos de sus miembros.

34. El Sr. NOLTE hace suya esa observación y propone que se modifique la segunda oración para que diga: «Algunos miembros dijeron que, si bien resultaba difícil catalogar los crímenes internacionales graves, los actos *ultra vires* o los actos *iure gestionis* como actos privados, era preferible abordar estas cuestiones como limitaciones o excepciones y no como parte de una definición de actos oficiales».

35. El Sr. KITTICHAISAREE, apoyado por el Sr. WAKO, dice que el verbo «*pigeonhole*» utilizado en la segunda oración del texto en inglés es inapropiado y debería sustituirse por otro como «*classify*», «*characterize*» o «*identify*».

36. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que el verbo «catalogar» empleado en el texto en español es perfectamente apropiado y que dejará que los miembros anglófonos elijan el mejor término para la versión en inglés. En lo que respecta al párrafo en su conjunto, considera que recoge debidamente las posiciones adoptadas durante el debate y, por lo tanto, no ve motivo para modificarlo. Si hay miembros que no comparten esta opinión, el párrafo también tendrá que someterse a nuevas consultas.

37. El PRESIDENTE propone dejar el párrafo 24 en suspenso para que la Relatora Especial pueda hablar con los miembros interesados cuando se suspenda la sesión.

Se deja en suspenso el examen del párrafo 24.

b) *Metodología*

Párrafos 25 a 27

Quedan aprobados los párrafos 25 a 27.

c) *Proyecto de artículo 2* f*: Definición de «acto realizado a título oficial»*

Párrafos 28 a 30

Quedan aprobados los párrafos 28 a 30.

Párrafo 31

38. El Sr. NOLTE dice que, en su versión actual, al menos en el texto en inglés, el párrafo le parece difícil de comprender y habría que volver a redactarlo o suprimirlo.

39. El Sr. KITTICHAISAREE dice que comparte la perplejidad del Sr. Nolte y que no cree que el párrafo refleje realmente el contenido del debate.

40. El Sr. ŠTURMA dice que la idea que expresó durante el debate en sesión plenaria es que algunos instrumentos internacionales establecen expresamente que el acto debe haber sido cometido por un funcionario del Estado o una persona que actúe a título oficial, mientras que otros lo tipifican como delito con independencia del título al que se hayan cometido o de la condición del autor. Ello no obsta a que, en la práctica, esos delitos puedan ser, y a menudo sean, cometidos por personas que actúan a título oficial. La cuestión fundamental no es si el acto tiene naturaleza penal, sino si, para constituir un delito, debe o no haber sido cometido por alguien que actúe a título oficial.

41. El Sr. FORTEAU hace suya la explicación del Sr. Šturma y propone aclarar el sentido de la primera oración modificándola para que diga: «Algunos miembros observaron que existía cierta práctica que consideraba que la participación de un funcionario del Estado en la comisión del acto formaba parte de la definición de un delito, mientras que en otros casos la condición del funcionario no era un elemento expreso del delito, pero que ello no excluía necesariamente la posibilidad de que un funcionario participara en condición de tal en la comisión de ese delito».

42. El Sr. NOLTE da las gracias al Sr. Forteau por su propuesta, que mejora el texto considerablemente. En cuanto a la segunda oración, no está seguro de comprender el sentido de las palabras «la naturaleza prescriptiva o descriptiva de una determinada calificación de un delito» y desearía obtener aclaraciones al respecto.

43. Sir Michael WOOD dice que la palabra «práctica» utilizada en la primera oración no le parece apropiada: no hay una «práctica», sino casos en que la participación de un funcionario del Estado en la comisión del acto forma parte de la definición de un delito.

44. El Sr. ŠTURMA también considera que la palabra «práctica» no está bien escogida, ya que la idea es que, en ciertos tratados, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la condición de funcionario del Estado del autor del acto es un elemento del delito. La oración debería volver a redactarse en ese sentido.

45. El PRESIDENTE propone dejar el párrafo en suspenso para que la Relatora Especial pueda volver a examinarlo y modificarlo en consulta con los miembros interesados.

Se deja en suspenso el examen del párrafo 31.

Párrafo 32

46. El Sr. NOLTE señala que no le convence la expresión «determinación fáctica» y propone que, en la segunda oración, se inserten las palabras «algunos miembros han considerado que» después de «Dicho de otro modo».

47. Sir Michael WOOD dice que la segunda oración no tiene ninguna utilidad y propone suprimirla.

48. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) puede aceptar la propuesta de Sir Michael Wood siempre que se añadan las palabras «En opinión de algunos miembros» al principio de la primera oración.

Queda aprobado el párrafo 32 en su forma enmendada.

Párrafo 33

49. El Sr. KOLODKIN propone que, a fin de tener en cuenta lo dicho por al menos un miembro durante el debate, se añada la siguiente oración al principio del párrafo: «Varios miembros señalaron que, si bien la naturaleza delictiva del acto no alteraba su carácter oficial, ello no suponía que el carácter delictivo del acto pudiera considerarse como un elemento de la definición del acto realizado a título oficial».

Queda aprobado el párrafo 33 en su forma enmendada.

Párrafo 34

50. Sir Michael WOOD dice que, en su versión actual, la primera oración da a entender que su enunciado es una consideración general sobre el derecho internacional de la inmunidad, cuando simplemente recoge el punto de vista de algunos miembros. Por consiguiente, propone que, al principio de la oración, se sustituyan las palabras «Se dijo» por «Algunos miembros dijeron».

Queda aprobado el párrafo 34 en su forma enmendada.

Párrafos 35 a 39

Quedan aprobados los párrafos 35 a 39.

Párrafo 40

51. El Sr. FORTEAU dice que el término «asimilación» es problemático y propone modificar el inicio de la primera oración de manera que diga: «Para otros miembros, la referencia, en el contexto de la inmunidad *ratione materiae*, a las reglas de atribución […]».

Queda aprobado el párrafo 40 en su forma enmendada.

Párrafo 41

Queda aprobado el párrafo 41.

Párrafo 42

52. El Sr. NOLTE propone que, a fin de reflejar el otro aspecto del debate sobre esta cuestión, se añada al final del párrafo una oración que diga: «Otros miembros se refirieron al derecho del Estado a renunciar a la inmunidad de sus funcionarios, lo que demostraba la conexión entre todas las formas de inmunidad basada en el Estado».

Queda aprobado el párrafo 42 en su forma enmendada, con un cambio de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

Párrafo 43

Queda aprobado el párrafo 43.

Párrafo 44

53. El Sr. KITTICHAISAREE dice que parece que se ha deslizado un error en el texto en inglés, donde habría que sustituir la palabra «*guidance*» por «*direction*».

Queda aprobado el párrafo 44 con la modificación introducida en la versión en inglés.

Párrafo 45

54. El Sr. FORTEAU propone que se supriman las palabras «en un ordenamiento jurídico internacional asimétrico».

Queda aprobado el párrafo 45 en su forma enmendada.

Párrafos 46 a 51

Quedan aprobados los párrafos 46 a 51.

55. Tras un debate en el que participan el Sr. KOLODKIN y la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial), el PRESIDENTE propone que se añada un párrafo 51 *bis* que diga: «Algunos miembros señalaron que si la Comisión aprobaba una definición de un acto realizado a título oficial, tal vez convendría, entonces, modificar en el mismo sentido el proyecto de artículo 5 aprobado provisionalmente».

Así queda acordado.

d) *Proyecto de artículo 6: Alcance de la inmunidad* ratione materiae

Párrafos 52 y 53

Quedan aprobados los párrafos 52 y 53.

e) *Plan de trabajo futuro*

Párrafos 54 y 55

Quedan aprobados los párrafos 54 y 55 con cambios de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

56. El PRESIDENTE invita a los miembros a reanudar el examen de varios párrafos que han quedado en suspenso, comenzando por el párrafo 22, del que se ha distribuido una versión modificada durante la sesión (documento sin signatura distribuido en la sala, en inglés únicamente).

2. Resumen del debate (*continuación*)

a) *Observaciones generales* (continuación)

Párrafo 22 (*conclusión*)

57. El Sr. MURPHY propone que se suprima la tercera oración en aras de la brevedad.

Queda aprobado el párrafo 22 en su forma enmendada, con cambios de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

Párrafo 24 (*conclusión*)

58. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que, después de consultarlo con el Sr. Kolodkin y el Sr. Nolte, propone que el principio de la segunda oración se modifique para que diga: «Algunos miembros dijeron que, si bien resultaba difícil catalogar los crímenes internacionales graves». También propone que se modifique el principio de la última oración de manera que diga: «Algunos miembros dijeron que ese enfoque también permitiría encontrar soluciones».

59. Sir Michael WOOD propone que la versión en inglés de la segunda oración se armonice con la versión en francés sustituyendo «*private acts*» por «*acts performed in a private capacity*».

Queda aprobado el párrafo 24 en su forma enmendada, con cambios de redacción de menor importancia en la versión en inglés.

c) *Proyecto de artículo 2* f*: Definición de «acto realizado a título oficial»* (conclusión)

Párrafo 31 (*conclusión*)

60. El Sr. NOLTE desea que se refleje en el texto la propuesta que hizo en una sesión anterior de insertar las palabras, «según esa opinión», al principio de la segunda oración para indicar que la posición expresada en dicha oración es la de los miembros mencionados en la primera oración, no la de la Comisión en su conjunto.

Queda aprobado el párrafo 31 en su forma enmendada.

61. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que el Sr. Kolodkin ha remitido a la Secretaría una versión modificada del párrafo 33, por lo que no

es necesario un debate al respecto. Por su parte, tiene la intención de presentar más adelante una propuesta de modificación del párrafo 23.

62. El PRESIDENTE dice que la Comisión examinará esa propuesta y aprobará la sección en su conjunto en una sesión ulterior.

3. Conclusiones finales de la Relatora Especial (A/CN.4/L.863/Add.1)

Párrafos 56 a 63

Quedan aprobados los párrafos 56 a 63.

Párrafo 64

63. El Sr. NOLTE pide que se explique la última oración, que no está clara.

64. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que ello se debe a que se han omitido varias palabras que deberían figurar al final de la oración. Así, esta tendría que completarse de manera que diga: «La Relatora Especial afirmó no compartir la opinión expresada por algún miembro de la Comisión conforme a la cual el acto no era oficial porque se atribuía al Estado, sino que se atribuía al Estado porque había sido llevado a cabo por un funcionario del Estado».

Queda aprobado el párrafo 64 en su forma enmendada.

Párrafos 65 a 67

Quedan aprobados los párrafos 65 a 67.

Capítulo I. ***Organización del período de sesiones*** **(A/CN.4/L.855)**

65. El PRESIDENTE invita a los miembros a que examinen, párrafo por párrafo, el capítulo I, publicado con la signatura A/CN.4/L.855.

Párrafos 1 a 6

Quedan aprobados los párrafos 1 a 6.

Párrafo 7

66. En respuesta a una observación del Sr. HMOUD, el PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que verifiquen si la composición de los comités de redacción enumerados en el párrafo 7 es correcta e indiquen a la Secretaría las modificaciones que es necesario introducir si su nombre no figura en las listas adecuadas.

Queda aprobado el párrafo 7 con sujeción a las modificaciones necesarias.

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8 con un cambio de redacción de menor importancia propuesto por el Sr. Forteau.

Párrafos 9 a 12

Quedan aprobados los párrafos 9 a 12.

Queda aprobado el capítulo I del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad, en su forma enmendada.

Capítulo II. ***Resumen de la labor de la Comisión en su 67º período de sesiones*** **(A/CN.4/L.856)**

67. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que examinen, párrafo por párrafo, el capítulo II, publicado con la signatura A/CN.4/L.856.

Párrafos 1 a 6

Quedan aprobados los párrafos 1 a 6.

Párrafo 7

68. El Sr. FORTEAU dice que la última oración debe corregirse porque la Comisión no ha tomado nota del informe provisional del Comité de Redacción.

Queda aprobado el párrafo 7 con sujeción a las correcciones necesarias.

Párrafos 8 a 11

69. El PRESIDENTE dice que la Secretaría llenará más adelante los espacios en blanco de los párrafos 8, 10 y 11.

Quedan aprobados los párrafos 8 a 11 con sujeción a las modificaciones necesarias.

Queda aprobado el capítulo II del proyecto de informe de la Comisión en su forma enmendada

Capítulo III. ***Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión*** **(A/CN.4/L.857)**

70. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que examinen, párrafo por párrafo, el capítulo III, publicado con la signatura A/CN.4/L.857.

71. El Sr. FORTEAU desea formular algunas observaciones generales sobre el proyecto de capítulo III antes de que la Comisión lo examine párrafo por párrafo. A su juicio, se pide mucha información a los Estados: deben proporcionar una gran cantidad de datos para los cinco temas enumerados, y ello antes del 31 de enero de 2016, lo que supone un plazo muy corto. Además, considera prematuro pedir a los Estados que faciliten información sobre su práctica en materia de *ius cogens* cuando la Comisión todavía no ha recibido el informe preliminar del Relator Especial sobre el tema. Por ello, tal vez convendría suprimir la sección E del proyecto. También sería útil dividir el capítulo en dos secciones distintas, una dedicada a las solicitudes de información que son recordatorios de solicitudes formuladas los años anteriores, y la otra a las nuevas solicitudes dirigidas a los Estados. Por último, el orador observa que la fórmula empleada desde 2011 («la Comisión solicita a los Estados que, antes del […] faciliten información…») es mucho más perentoria que la utilizada en el pasado («la Comisión acogería con interés toda información que los Estados puedan transmitirle sobre…») y dice que las solicitudes de información deberían ser más flexibles. Recuerda que el Estatuto de la Comisión prevé dos formulaciones diferentes según si la solicitud se refiere al desarrollo progresivo del derecho internacional («insta a los Estados») o a la codificación del derecho internacional («invita a los Estados a proporcionar información»).

72. El Sr. NOLTE apoya estas propuestas, en particular la de formular las solicitudes de información de manera más directa.

73. El Sr. MURPHY también respalda las propuestas, en particular la de agrupar en una misma sección los recordatorios de solicitudes de información. En aras de la brevedad, propone que se elabore una formulación general para todas esas solicitudes.

74. El Sr. TLADI dice que no tiene la intención de elaborar un informe preliminar sobre la cuestión del *ius cogens* y prefiere redactar un primer informe sobre la base de la información facilitada por los Estados, razón por la que desea que se mantenga la sección E. En cuanto al gran número de solicitudes de información, no cree que sea realmente un problema porque los Estados tienen absoluta libertad para responder solo a algunas de ellas si lo desean.

75. Sir Michael WOOD apoya la idea de reducir el número de solicitudes de información y agrupar los recordatorios. Espera que la Comisión estudie en una sesión ulterior las prioridades que es necesario fijar a ese respecto.

76. La Sra. JACOBSSON hace suyas las propuestas del Sr. Forteau, pero señala que la Comisión no ha abordado aún esas cuestiones en el marco del examen de sus métodos de trabajo y que sería útil hacerlo. Si bien es consciente de la necesidad de limitar el número de solicitudes de información, espera sinceramente que las solicitudes que figuran en la sección B se mantengan, ya que las respuestas de los Estados le han resultado sumamente útiles para preparar sus anteriores informes, y las que va a recibir sin duda serán valiosas para su próximo informe.

77. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ apoya plenamente la propuesta del Sr. Forteau sobre la forma en que deberían formularse las solicitudes y piensa que también habría que evitar dar un plazo a los Estados. Desea que su solicitud de información sobre los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se mantenga en el capítulo III, ya que nunca antes había presentado una solicitud de esa índole.

78. El Sr. McRAE dice que convendría que el Grupo de Planificación analizara cada año las prioridades que se deben fijar para seleccionar las solicitudes de información formuladas en el capítulo III, y que lo hiciera antes de que el proyecto de informe se examine en sesión plenaria. En efecto, no se debe dar la impresión de que la Comisión trata a los Estados como asistentes de investigación que prestan apoyo a los relatores especiales en su labor.

79. El Sr. KITTICHAISAREE dice que las solicitudes de información deben redactarse de manera más sencilla, ya que resultan difíciles de entender para algunos Estados.

80. El Sr. FORTEAU recuerda que, según el párrafo 2 del artículo 19 de su estatuto, la Comisión «se dirigirá a los Gobiernos […] para pedirles, con la exactitud necesaria, que le proporcionen los textos de leyes, decretos, sentencias judiciales, […] y otros documentos que la Comisión juzgue necesarios, relativos a los temas sometidos a su estudio». Así pues, se trata de una práctica consagrada por el estatuto, pero únicamente en el contexto de la codificación del derecho internacional. En el caso del desarrollo progresivo del derecho internacional, la formulación de solicitudes de información es distinta y convendría que la Comisión estudiara esas diferencias en una sesión ulterior.

81. El PRESIDENTE invita al Sr. Forteau a que redacte un nuevo párrafo que agrupe los recordatorios de solicitudes de información y dice que la Comisión proseguirá el examen del proyecto de capítulo III en otra sesión.

Se levanta la sesión a las 18.05 horas.

3290ª SESIÓN

Viernes 7 de agosto de 2015, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Narinder SINGH

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, 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.

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones (*conclusión*)

1. El Sr. LLEWELLYN (Secretario de la Comisión) anuncia las conclusiones de las consultas sobre el uso de notas a pie de página para hacer referencia a los proyectos de texto en el informe de la Comisión y dice que el Relator Especial sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario prefiere que los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción no figuren en una nota a pie de página, sino que en el informe se indique que en el sitio web de la Comisión se pueden consultar la correspondiente declaración del Presidente del Comité de Redacción y los documentos que contienen las conclusiones. Se incluirá un enlace al sitio web de la Comisión en una nota a pie de página en la que también se señalará que se espera que en el próximo período de sesiones se examinen los comentarios a los proyectos de conclusión junto con los propios proyectos de conclusión. Únicamente figurarán en una nota a pie de página en el informe los proyectos de conclusión presentados originariamente por el Relator Especial. Se seguirá esta misma práctica en el tema de la aplicación provisional de los tratados. Las Relatoras Especiales sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

Estado también desean que los proyectos de texto presentados originariamente en sus respectivos informes figuren en notas a pie de página. Los correspondientes textos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción aparecerán en notas a pie de página en las que se indicará claramente que esos textos, junto con los comentarios, serán examinados por la Comisión en su próximo período de sesiones. El Grupo de Planificación analizará toda la cuestión de las notas y el modo de hacer referencia a proyectos de texto en el informe de la Comisión en el próximo período de sesiones.

Capítulo X. ***Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*** **(conclusión) (A/CN.4/L.863 y Add.1)**

2. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar su examen de la parte del capítulo X del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.863.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones (*conclusión*)

2. Resumen del debate (*conclusión*)

a) *Observaciones generales* (conclusión)

Párrafo 23 (*conclusión*)

3. El PRESIDENTE recuerda que se pospuso la aprobación del párrafo 23 mientras se reescribía. Invita a la Relatora Especial a hacer lectura del nuevo texto propuesto.

4. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) propone, tras las consultas mantenidas con Sir Michael Wood, modificar el párrafo 23 de modo que rece: «Se sugirió por ejemplo que, en la determinación del alcance de la inmunidad *ratione materiae*, había ciertos actos que potencialmente podrían quedar fuera del beneficio de la inmunidad *ratione materiae*. Era el caso de los actos que comportaban alegaciones de graves crímenes internacionales, actos *ultra vires*, *acta iure gestionis* o actos realizados a título oficial pero exclusivamente en beneficio personal, así como actos realizados en el territorio del Estado del foro sin su consentimiento».

5. El Sr. KAMTO pone de manifiesto el riesgo de que se interprete que la última expresión «actos realizados en el territorio del Estado del foro sin su consentimiento» hace referencia no solo a la categoría de actos que la Comisión tiene en mente, como el espionaje, sino también a otros tipos de actos.

6. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) dice que, si bien comparte la preocupación expresada por el Sr. Kamto, debe tenerse presente que el texto propuesto refleja el debate mantenido en el seno de la Comisión, no su postura personal. La cuestión planteada será con toda probabilidad objeto de debate cuando la Comisión examine los comentarios a los proyectos de artículo.

Queda aprobado el párrafo 23 en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo X del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad en su forma enmendada.

Capítulo XI. ***Aplicación provisional de los tratados*** **(A/CN.4/L.864)**

7. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el capítulo XI del proyecto de informe, que figura en el documento A/CN.4/L.864.

A. Introducción

Párrafo 1

8. El Sr. PARK dice que, en aras de la coherencia, las referencias a la Convención de Viena de 1969 deben ser uniformes en todo el documento.

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafos 2 y 3

Quedan aprobados los párrafos 2 y 3.

Queda aprobada la sección A.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafos 4 a 7

Quedan aprobados los párrafos 4 a 7.

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8, con sujeción a que lo complete la Secretaría.

1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe

Párrafos 9 a 13

Quedan aprobados los párrafos 9 a 13.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

Párrafo 14

9. El Sr. NOLTE señala el uso poco coherente de los adjetivos «*internal*», «*national*» y «*domestic*» para calificar la palabra «*law*» en la versión en inglés del documento y propone que se use sistemáticamente la expresión «*internal law*», dado que es el término empleado en la Convención de Viena de 1969. Propone además que, en aras de la claridad, se sustituya la expresión «el método de participación de los Estados en los tratados» de la primera oración del párrafo 14 por «la forma en que los Estados entran a ser parte en los tratados».

Queda aprobado el párrafo 14 en su forma enmendada.

Párrafo 15

10. El Sr. MURPHY dice que, para una mayor claridad, se deben insertar las palabras «que permitían la aplicación provisional» después de «un tratado determinado». Presentará a la Secretaría diversas modificaciones editoriales de menor importancia.

11. El Sr. KOLODKIN desea proponer, dado que en el resumen del debate no están reflejadas varias de las cuestiones que suscitaron los miembros de la Comisión, la introducción de un nuevo párrafo que diga:

«Algunos miembros de la Comisión señalaron que, si bien el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 era la base del régimen jurídico de la aplicación provisional de los tratados, no respondía todas las cuestiones relacionadas con dicha aplicación. Se dijo que la Comisión debía ofrecer orientación a los Estados sobre cuestiones como: qué Estados pueden convenir en la aplicación provisional de los tratados (solo los Estados negociadores o también otros Estados); si un acuerdo sobre la aplicación provisional ha de ser legalmente vinculante; y si dicho acuerdo puede ser tácito o implícito. También se señaló que la Comisión debía ofrecer orientación a los Estados sobre qué otras normas de derecho de los tratados y de derecho internacional, por ejemplo acerca de la responsabilidad y la sucesión, son de aplicación a los tratados que se aplican provisionalmente.»

12. El Sr. PETRIČ celebra la propuesta del Sr. Kolodkin y dice que, con ella, el resumen del debate refleja con mayor exactitud las opiniones en él expuestas.

13. El Sr. KITTICHAISAREE hace suyas esas observaciones.

Queda aprobado el párrafo 15 en su forma enmendada.

Párrafo 16

14. El Sr. NOLTE dice que, para ser más precisos, la expresión «idénticos a los de la entrada en vigor» de la segunda oración debe rezar: «los mismos después de la entrada en vigor del tratado». Del mismo modo, debe modificarse la expresión «prácticamente los mismos que los de la entrada en vigor» de la penúltima frase para que rece: «los mismos que los que se producían después de que el tratado hubiera entrado en vigor».

15. Sir Michael WOOD dice que, dada la falta de claridad del sentido de la sexta oración, se debe eliminar la segunda cláusula y modificar la primera de modo que diga: «Otra posibilidad era remitirse a las disposiciones relativas a la invalidez de un tratado».

16. El Sr. FORTEAU dice que la segunda cláusula, cuyo sentido está perfectamente claro en la versión en francés, recuerda a la formulación del artículo 69, párrafo 2 *b*, de la Convención de Viena de 1969.

17. Sir Michael WOOD dice que, en tal caso, debe reformularse la versión en inglés para que se atenga en mayor medida a la redacción de dicha disposición. También sería útil añadir una referencia al artículo 69 entre paréntesis.

Queda aprobado el párrafo 16 en su forma enmendada con esas condiciones.

Párrafo 17

18. El Sr. NOLTE propone insertar en la primera oración la palabra «jurídicos» después de la palabra «efectos» y suprimir el final de la oración, que dice «incluido en lo concerniente a los efectos del tratado en el futuro», por resultar superfluo. En la segunda oración, deben sustituirse las palabras «ese tratado» por «la obligación de aplicar provisionalmente ese tratado», ya que de ese modo queda reflejado el debate mantenido en el seno de la Comisión con respecto a la fuente de la obligación de aplicar provisionalmente un tratado: si dimana del propio tratado o de otro acuerdo.

19. El Sr. KOLODKIN respalda las propuestas del Sr. Nolte. Al final del párrafo, propone una adición que tenga en cuenta un aspecto del debate celebrado en sesión plenaria que no se ha reflejado y que diga: «Algunos miembros señalaron que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 también era aplicable a los tratados aplicados provisionalmente».

Queda aprobado el párrafo 17 en su forma enmendada.

Párrafo 18

20. El Sr. MURPHY propone eliminar al inicio de la primera oración la palabra «unilateral» y sustituir al final de la oración las palabras «esa declaración unilateral» por «declaración unilateral de Siria». En la versión en inglés, se debe corregir la palabra «*agreement*» de la segunda oración para que diga «*agreed*».

21. El Sr. FORTEAU propone, a raíz de la propuesta del Sr. Murphy, sustituir las palabras «por Siria» [«*par la Syrie*»] de la primera oración por la expresión «como resultado de una declaración unilateral de Siria» [«*à la suite d'une déclaration unilatérale de la Syrie*»].

22. El Sr. KOLODKIN dice que se deben reemplazar las palabras «la decisión de Siria» de la última oración por «la declaración de Siria».

Queda aprobado el párrafo 18 con esos cambios.

Párrafo 19

Queda aprobado el párrafo 19.

Párrafo 20

23. El Sr. NOLTE, respaldado por el Sr. KOLODKIN y Sir Michael WOOD, dice no recordar que ningún miembro de la Comisión opinara que un análisis de las cláusulas de limitación que se utilizan para modular las obligaciones asumidas para la observancia del derecho interno o que condicionan la aplicación provisional a la observancia del derecho interno excedía del ámbito del tema, como se afirma en la última oración. Así pues, propone suprimir la oración «aunque se estimó en general que ello excedía del ámbito del tema».

Queda aprobado el párrafo 20 en su forma enmendada.

Párrafo 21

24. El Sr. KITTICHAISAREE propone sustituir la palabra «Varios» de la primera oración por «Algunos» y reemplazar en la segunda oración las palabras «se advirtió al Relator Especial» por la expresión «algunos miembros advirtieron al Relator Especial».

Queda aprobado el párrafo 21 en su forma enmendada.

b) *Relación con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969*

Párrafo 22

25. El Sr. MURPHY propone sustituir en la segunda oración las palabras «*other provisions*» por «*additional provisions*» en la versión en inglés. En la tercera oración, deben insertarse las palabras «era relevante» después de «el artículo 60». En la última oración, se deben reemplazar las palabras «limitar la confusión legal» por «explicar la situación».

26. El Sr. NOLTE dice que, en la segunda oración, el adverbio «No obstante» sugiere una oposición inexistente entre la primera y la segunda oración, motivo por el cual propone eliminarlo.

Queda aprobado el párrafo 22 con esos cambios.

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

c) *La aplicación provisional en relación con las organizaciones internacionales*

27. El Sr. KOLODKIN propone sustituir el epígrafe «La aplicación provisional en relación con las organizaciones internacionales» por «La aplicación provisional de un tratado con la participación de organizaciones internacionales», puesto que fue ese el tema del debate celebrado en la sesión plenaria en cuestión.

Queda aprobada la enmienda al subepígrafe.

Párrafo 24

28. El Sr. PARK, en relación con las palabras «Unión Europea» de la segunda oración, dice que es importante aclarar a qué mecanismo u órgano de la Unión Europea se refiere, porque, de no hacerlo, debe eliminarse la oración.

29. Sir Michael WOOD dice que, si bien la segunda oración puede reflejar lo que manifestaron algunos oradores, no hay elemento alguno en el texto que fundamente la opinión, al parecer expresada por la Unión Europea, de que las disposiciones de la Convención de Viena de 1986 no reflejan el derecho consuetudinario. Se trata de una afirmación muy categórica, cuya implicación es que ninguna de las disposiciones de la Convención de Viena de 1986 refleja el derecho internacional consuetudinario. Respalda la propuesta del Sr. Park de eliminar la oración.

Queda aprobada la propuesta.

Queda aprobado el párrafo 24 en su forma enmendada.

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

30. El Sr. NOLTE propone insertar en la primera oración las palabras «la participación de» entre «con» y «organizaciones internacionales». En la última oración, se debe reemplazar la expresión «incorporarla a sus regímenes jurídicos» por «hacer uso de ella», puesto que no se incorpora la aplicación provisional en sí, sino que se prevé esa posibilidad.

Queda aprobada la primera propuesta del Sr. Nolte.

31. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ discrepa de la segunda propuesta del Sr. Nolte porque la última parte del párrafo hace referencia a los comentarios que ella misma formuló con respecto a las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que establecen que es el Consejo de la Unión Europea el que adopta la decisión de autorizar la firma de acuerdos y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor. En la última oración, propone sustituir las palabras «a sus regímenes jurídicos» por «en sus normas constitutivas».

32. Tras un debate en el que intervienen el Sr. NOLTE, la Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Sir Michael WOOD, el Sr. MURPHY, el Sr. KITTICHAISAREE y el Sr. FORTEAU, el PRESIDENTE entiende que la Comisión desea eliminar las palabras «la mayoría de» de la segunda oración, así como suprimir las palabras «modalidad o» de la tercera oración y sustituir las palabras «a sus regímenes jurídicos» por «a sus reglas constitutivas».

Queda aprobado el párrafo 26 con esos cambios.

Párrafo 27

Queda aprobado el párrafo 27.

Párrafo 27 *bis*

33. El Sr. KOLODKIN propone, a fin de poner de manifiesto el parecer de varios miembros de la Comisión sobre la forma de abordar la cuestión de la aplicación provisional de los tratados en los que sean partes organizaciones internacionales, la inserción de un nuevo párrafo 27 *bis* con el siguiente tenor: «Algunos miembros señalaron que sería conveniente dedicarse primero a examinar las cuestiones relacionadas con la aplicación provisional de tratados celebrados por Estados y, únicamente después, comenzar a examinar la aplicación provisional de tratados con la participación de organizaciones internacionales».

Queda aprobado el párrafo 27 bis.

d) *Observaciones sobre los proyectos de directriz*

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28.

Párrafo 29

34. El Sr. NOLTE propone modificar la expresión «obligación enunciada en un tratado aplicado provisionalmente» para que rece: «obligación de aplicar provisionalmente un tratado».

Queda aprobado el párrafo 29 en su forma enmendada.

Párrafos 30 a 33

Quedan aprobados los párrafos 30 a 33.

Párrafo 34

35. El Sr. PARK propone que en la segunda oración se introduzcan las palabras «según el derecho de los tratados» antes de «eran ilícitas».

Queda aprobado el párrafo 34 en su forma enmendada.

3. Observaciones finales del Relator Especial

Párrafos 35 a 38

Quedan aprobados los párrafos 35 a 38.

Queda aprobada la sección B en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo XI del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad en su forma enmendada.

Capítulo III. *Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión* (conclusión) (A/CN.4/L.857)

Párrafos 1 y 2

36. El PRESIDENTE se refiere a los nuevos párrafos 1 y 2 del capítulo III, introducidos en la sesión anterior.

37. El Sr. MURPHY, respaldado por el Sr. NOLTE, dice que el texto original contenía fechas a fin de recordar a los Gobiernos el plazo para presentar información: el 31 de enero de 2016 es la fecha límite en la que los Relatores Especiales aún pueden incorporar información en los informes, que, a su vez, tienen que ser presentados en febrero o marzo de 2016. Deben introducirse de nuevo las fechas que fueron eliminadas, quizás acompañadas de la expresión «a ser posible antes del» a fin de suavizar el tono.

38. El Sr. FORTEAU explica que la Secretaría sigue la práctica de enviar a cada Estado una carta individualizada con la lista de las preguntas de la Comisión en la que se indica que sería útil disponer de una respuesta antes de una fecha concreta. Con todo, no tiene objeción alguna a que se vuelvan a introducir las fechas en el capítulo III.

39. El Sr. McRAE, respaldado por el Sr. CANDIOTI, sugiere que se añada una frase en la que se comunique que es necesario disponer de la información en una fecha concreta para que se pueda tener en cuenta en los informes de los Relatores Especiales, si bien ello no impedirá que se pueda facilitar información en una fecha posterior.

40. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea añadir en el párrafo 2 la petición de que se presente la información antes del 31 de enero de 2016.

Así queda acordado.

A. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3.

B. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

Párrafos 4 y 5

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

C. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

D. Aplicación provisional de los tratados

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

E. *Ius cogens*

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8.

Queda aprobado el capítulo III del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad en su forma enmendada.

Capítulo XII. *Otras decisiones y conclusiones de la Comisión* (A/CN.4/L.867 y Add.1)

41. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar la parte del capítulo XII del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.867.

A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

2. Grupo de Trabajo sobre el Programa de Trabajo a largo Plazo

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3.

3. Examen de la resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

Párrafos 4 a 11

Quedan aprobados los párrafos 4 a 11.

4. Examen de los párrafos 10 a 13 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones

Párrafos 12 a 14

Quedan aprobados los párrafos 12 a 14.

5. Honorarios

Párrafo 15

Queda aprobado el párrafo 15.

6. Documentación y publicaciones

Párrafos 16 a 19

Quedan aprobados los párrafos 16 a 19.

7. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional

Párrafos 20 y 21

Quedan aprobados los párrafos 20 y 21.

8. Asistencia de la División de Codificación

Párrafo 22

Queda aprobado el párrafo 22.

9. Sitios web

Párrafo 23

Queda aprobado el párrafo 23.

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

Párrafo 24

Queda aprobado el párrafo 24.

B. Fecha y lugar del 68º período de sesiones de la Comisión

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Queda aprobada la sección B.

42. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar la parte del capítulo XII del proyecto de informe que figura en el documento A/CN.4/L.867/Add.1.

A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación (*conclusión*)

1. Inclusión de un nuevo tema en el programa de trabajo de la Comisión

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Queda aprobada la sección A en su totalidad.

C. Homenaje al Secretario de la Comisión

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

Queda aprobada la sección C.

D. Cooperación con otros órganos

Párrafos 3 a 6

Quedan aprobados los párrafos 3 a 6.

Párrafo 7

43. El Sr. FORTEAU dice que la visita de los miembros de la CDIUA tuvo lugar el 23 de julio de 2015, no el 23 de mayo de 2015, por lo que hay que corregir la fecha.

Queda aprobado el párrafo 7 en su forma enmendada.

Párrafos 8 y 9

Quedan aprobados los párrafos 8 y 9.

Queda aprobada la sección D en su forma enmendada.

E. Representación en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Queda aprobada la sección E.

F. Seminario de Derecho Internacional

Párrafos 11 a 15

Quedan aprobados los párrafos 11 a 15.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16 con una pequeña modificación editorial en la versión en francés.

Párrafos 17 a 22

Quedan aprobados los párrafos 17 a 22.

Queda aprobada la sección F.

Queda aprobado el capítulo XII del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad en su forma enmendada.

Queda aprobado en su totalidad el proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 67º período de sesiones, en su forma enmendada.

Observaciones finales del Presidente

44. El PRESIDENTE dice que el 67º período de sesiones ha sido productivo. Da las gracias a los miembros de la Mesa y a sus predecesores en la presidencia de la Comisión por sus consejos y orientaciones. Agradece a la Secretaría, la División de Codificación y la Oficina de Enlace Jurídico de Ginebra su eficiente asistencia y constante apoyo. También da las gracias a los redactores de actas, los intérpretes, los oficiales de conferencias, los traductores y a los demás miembros de los servicios de conferencias que prestan diariamente servicios a la Comisión.

Clausura del período de sesiones

45. Tras el habitual intercambio de cortesías, el PRESIDENTE declara clausurado el 67º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Se levanta la sesión a las 11.35 horas.

Printed at United Nations, Geneva – 2017260 **(S)** – November 2021 – 82