

considerarse en su conjunto, se pondera según las circunstancias particulares de cada asunto o en función de cada norma concreta. La exigencia impuesta por el proyecto de conclusión 9 (La práctica debe ser general y uniforme) es fundamental y se deriva de la jurisprudencia internacional.

21. El capítulo V del informe está dedicado al segundo elemento de la costumbre, esto es, su elemento subjetivo, que presenta en realidad más dificultades teóricas que prácticas. Para redactar el proyecto de conclusión 10 (Función de la aceptación como derecho), la expresión «aceptada como derecho» se ha preferido a otras, en particular a la de *opinio iuris (sive necessitatis)*, en razón de las intenciones que pueden estar implícitas en su empleo y las dificultades que suscita su definición. Describe además con mayor precisión la convicción que anima a los Estados teniendo en cuenta su dimensión prospectiva. Hay que leer el proyecto de conclusión 11 (Prueba de la aceptación como derecho) junto con el proyecto de conclusión 7, puesto que los párrafos 1, 2 y 3 de aquel presentan semejanzas con los de este. El párrafo 4 refleja la idea de que la prueba de la aceptación de una práctica como derecho puede surgir de la práctica misma o deducirse de ella. No obstante, el elemento de aceptación sigue siendo una exigencia distinta de la práctica propiamente dicha y debe constatar en cada caso. Cabe que la Comisión prefiera que esta idea, que requiere un examen más detenido, figure en un proyecto de conclusión distinto, ubicado cerca del proyecto de conclusión 3.

22. El Relator Especial propone que los proyectos de conclusión se remitan ahora mismo al Comité de Redacción para que los apruebe con carácter provisional e indica que someterá los comentarios correspondientes en el próximo período de sesiones. Los proyectos de conclusión propuestos en los informes segundo y tercero podrían ser aprobados en dicho período de sesiones y figurar así en el informe anual de la Comisión a la Asamblea General relativo a 2015.

Se levanta la sesión a las 12.15 horas.

3223ª SESIÓN

Martes 15 de julio de 2014, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caffisch, 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. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Cooperación con otros organismos (continuación*)

[Tema 14 del programa]

DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE
DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Novak Talavera, Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano, y lo invita a hacer uso de la palabra.

2. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité Jurídico Interamericano es el órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en los asuntos jurídicos de carácter internacional; realiza estudios en esta materia, bien a petición de la Asamblea General de la OEA o bien por iniciativa propia. En 2013 el Comité celebró dos períodos ordinarios de sesiones, concluyó cinco informes e inició sus trabajos sobre cuatro cuestiones de interés para el hemisferio americano²¹⁵.

3. En el primer informe, sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, figura un estudio de los avances logrados en la protección del derecho a la no discriminación por motivos de orientación e identidad sexual en la legislación interna de los países americanos. En él se analizan las resoluciones de los tribunales de algunos Estados miembros y se identifican los instrumentos interamericanos que podrían ser útiles para la protección de ese derecho, así como los precedentes más recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que promueven la no discriminación por motivos de identidad sexual.

4. El segundo informe, sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, incluye una legislación modelo para ayudar a los Estados miembros en la aplicación de los estándares y principios del derecho internacional humanitario. El texto comprende 12 capítulos que versan, entre otras cosas, sobre la señalización, identificación e inventarios de los bienes culturales, la planificación de medidas de emergencia y las medidas de monitoreo y cumplimiento. El objetivo principal es persuadir a los Estados americanos a que adopten un conjunto de medidas preventivas en tiempo de paz a fin de proteger y preservar el patrimonio cultural de la región en caso de conflicto armado.

5. El tercer informe, sobre cooperación judicial interamericana, ha sido impulsado por las amenazas a la seguridad de la región resultantes de la trata de personas y el tráfico de drogas, el terrorismo, el contrabando de armas y el crimen organizado. El informe preconiza una serie de medidas para armonizar los procedimientos y legislaciones, lograr una mayor cooperación entre las autoridades competentes, procurar el fomento de la capacidad y eliminar los obstáculos a una cooperación judicial intrarregional eficiente.

* Reanudación de los trabajos de la 3218ª sesión.

²¹⁵ Véase el informe anual del Comité Jurídico Interamericano al cuadragésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA (OEA/Ser.G - CP/doc.4956/14), de 24 de enero de 2014; puede consultarse en el sitio web de la OEA: www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.2013.ESP.pdf.

6. El cuarto informe concierne a la elaboración de directrices sobre la responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas. Tiene en cuenta la labor realizada por varias organizaciones internacionales y las características propias de la región. Refleja los avances legislativos y las mejoras de la práctica empresarial en la salvaguardia de los derechos humanos y el medio ambiente. También señala las deficiencias y dificultades que han llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a abogar por una supervisión más estrecha por parte de los Estados de las actividades de las empresas que operan en su territorio.

7. El quinto informe, titulado «Guía para la celebración de convenios bilaterales de integración fronteriza o vecinal», comprende más de 50 normas destinadas a facilitar los acuerdos de cooperación transfronteriza e integración que se inspiran en ejemplos de las mejores prácticas en las Américas y en otras partes del mundo y abarcan mecanismos de seguimiento.

8. En el segundo semestre de 2013, el Comité empezó a trabajar sobre diversas otras cuestiones de particular importancia en las Américas. Al elaborar unas directrices para la gestión de los movimientos migratorios transfronterizos, su objetivo es informar a los Estados miembros de la OEA acerca de las mejores prácticas en materia de controles de frontera, que combinen la protección de la seguridad del Estado con el respeto escrupuloso de los derechos humanos de los migrantes y no residentes. La labor emprendida sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados tiene por objeto descubrir si la práctica judicial actual de los Estados miembros es compatible con los estándares y principios de derecho internacional, sobre todo los enunciados en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. El informe resultante de los trabajos sobre la regulación del uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas trata de determinar no solo la compatibilidad de las legislaciones internas con el derecho internacional, incluidas varias convenciones de las Naciones Unidas sobre fiscalización de las drogas, sino también la posición de los distintos Estados miembros sobre el consumo de drogas blandas. La elaboración de un informe sobre los recibos de almacenaje electrónicos para los productos agrícolas tiene por objeto formular un conjunto de proyectos de principio y redactar una ley modelo a fin de crear un sistema que permita a los agricultores almacenar parte de sus granos tras la cosecha y usar el recibo de almacenaje como garantía para obtener préstamos.

9. El Comité celebró reuniones e intercambió información con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. En 2013, celebró su 40º Curso de Derecho Internacional en el que impartieron lecciones algunos de los expertos más distinguidos en este campo.

10. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ pregunta de qué modo las directrices del Comité sobre la responsabilidad social de las empresas en las Américas representan un valor añadido con respecto a otros instrumentos internacionales, como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que el Consejo de Derechos

Humanos hizo suyos en 2011²¹⁶. Tal vez el Comité aporte una útil contribución a las próximas deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

11. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que la principal contribución del informe del Comité sobre la responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente es que viene a llenar un vacío. Si bien algunos países de las Américas han aceptado los principios rectores establecidos por las Naciones Unidas, no hay directrices que aborden específicamente la situación en esa parte del mundo. El informe se ha centrado en un enfoque preventivo de algunos de los peores problemas causados por el desacoplamiento entre responsabilidad social de las empresas y cultura empresarial y en cómo lograr que las empresas tomen conciencia de lo que significa realmente responsabilidad social de las empresas. Ha puesto de relieve asimismo la desidia, porque en la mayoría de los países de la región hay muy poca supervisión y, de resultas de ello, las empresas tanto nacionales como extranjeras han podido emprender actividades con escaso respeto por el medio ambiente o los derechos humanos. Por esta razón, las directrices pueden resultar útiles al Grupo de Trabajo antes mencionado.

12. El Sr. KITTICHAISAREE pregunta cuál es la posición adoptada en la práctica interamericana en materia de prescripción en casos de desaparición forzada. En sus deliberaciones, ¿aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos la costumbre local o la costumbre universal?

13. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como mandato salvaguardar los derechos enunciados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» y algunos otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos. La Corte, al interpretar y definir el verdadero alcance de esos derechos, no se limita al contenido de la Convención, sino que tiene en cuenta el derecho internacional general. En los fallos de la Corte es frecuente encontrar referencias a principios jurídicos generales. La Corte estima que la desaparición forzada es un delito continuado que comienza tan pronto como una persona desaparece y continúa hasta que su suerte es conocida. El principio ha sido incorporado al derecho jurisprudencial interamericano.

14. El Sr. PETER dice que, en algunas partes del mundo, la responsabilidad social de las empresas parece ser sinónimo de robar mucho y devolver poco, en otras palabras, las empresas se benefician de considerables exenciones fiscales pero a cambio hacen poco en favor de las comunidades donde operan. ¿Es esa también la experiencia de la región americana? ¿Ha podido el Comité identificar algunas buenas prácticas, en particular mediante su interacción con la región africana?

²¹⁶ 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). Véase también la resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, de 16 de junio de 2011, párr. 1.

15. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que la primera y muy interesante reunión del Comité con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana puso de manifiesto que, aun cuando las regiones africana y americana comparten algunos problemas comunes, la práctica y la realidad varían considerablemente.

16. Algunas empresas en las Américas confunden la responsabilidad social de las empresas con la simple construcción de algunas obras públicas, cuando dicha responsabilidad entraña un compromiso o una relación a largo plazo con la comunidad receptora. Algunas, pero no todas las empresas en la región se comportan responsablemente, cuidan el medio ambiente y respetan los derechos de los trabajadores y los derechos humanos. El problema principal no lo causan las grandes empresas, sino las empresas pequeñas y medianas, porque disponen de menos recursos financieros y, por lo tanto, alegan que tienen menos posibilidades de incluir la responsabilidad social en su estrategia empresarial. No obstante, el Comité opina que todas las empresas pueden asumir la responsabilidad social de las empresas según su escala. Los trabajos sobre esta cuestión avanzan bien.

17. Una de las principales preocupaciones del Comité al elaborar las directrices correspondientes ha sido establecer un equilibrio entre los miembros que quieren imponer obligaciones a las empresas mediante disposiciones contundentes y los que son partidarios de una mayor flexibilidad. La inversión extranjera es beneficiosa porque crea puestos de trabajo y riqueza, pero, al mismo tiempo, las empresas tienen que respetar los derechos humanos y el medio ambiente. El orador piensa que se ha logrado ese punto de equilibrio.

18. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ pregunta si el Comité tiene la intención de elaborar un instrumento jurídico regional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. Si ese no es su propósito, ¿considera el Comité que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes refleja la esencia de la inmunidad jurisdiccional de los Estados en el derecho internacional actual? La oradora desea saber si el Comité ha tenido la oportunidad de estudiar la práctica de los tribunales civiles y penales de la región americana en materia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Tal vez fuera útil que el Comité y la Comisión intercambiaran información sobre esa cuestión.

19. Con referencia al tema del acceso a la información pública y la protección de los datos personales, la oradora pregunta cómo avanza el estudio del Comité sobre el acceso de las personas físicas a la información pública. Está deseosa de saber cuál es la orientación general de los trabajos y si se limitan a determinados aspectos del tema.

20. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité no tiene el propósito de elaborar una convención regional sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, en vista de la existencia del instrumento de las Naciones Unidas al que se acaba de aludir. El Comité adoptó su iniciativa incitada por el hecho de que la práctica en el ámbito interamericano es

muy diversa e incluso contradictoria. Dado que no se ha efectuado nunca un estudio regional sobre el tema, parece indispensable reunir información sobre la práctica actual de los tribunales nacionales en materia de inmunidad jurisdiccional de los Estados, cómo se define tal inmunidad y los límites que se le imponen. El Comité está analizando actualmente las respuestas a un cuestionario que envió a los ministerios de relaciones exteriores. El Comité ha preparado asimismo una guía sobre la protección de los datos personales.

21. El Sr. PARK pregunta si salieron a la luz divergencias de opinión en el seno del Comité cuando este examinó el informe sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género o si llegó fácilmente a un consenso. Las actitudes adoptadas sobre el tema en las Américas, ¿difieren de las mantenidas en Europa y Asia?

22. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que Europa está mucho más adelantada que su región en el debate sobre orientación sexual e identidad de género. Aun así, varios foros internos e internacionales en las Américas han abordado esas cuestiones. Al principio, el debate sobre el tema en el Comité resultó difícil, principalmente por razones técnicas, como la terminología, más bien que por objeciones de principio. Este tema es ciertamente un tema delicado en el ámbito de la región, pero, en líneas generales, los claros objetivos del Comité eran velar por que todos gocen de la misma protección jurídica y evitar la discriminación.

23. El Sr. HASSOUNA acoge con satisfacción la cooperación iniciada entre el Comité Jurídico Interamericano y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana y pregunta si se prevé la cooperación con organismos de otras regiones y si una cooperación política más estrecha entre las regiones afectará a la cooperación en asuntos jurídicos.

24. La labor del Comité en materia de inmigración roza la cuestión de la expulsión de extranjeros. El orador pregunta si el Comité ha utilizado los principios formulados por la Comisión a este respecto²¹⁷, hasta qué punto tiene en cuenta la labor de la Comisión y si coordina su posición con la de la Comisión.

25. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité se muestra receptivo a la labor de otros organismos análogos, de la que indudablemente puede beneficiarse; sin embargo, las limitaciones presupuestarias inevitablemente dificultan la cooperación. Se buscan soluciones cuando es posible, por ejemplo organizando intercambios de visitas y actividades conjuntas. Tanto el Comité como sus distintos miembros siguen estrechamente la labor de la Comisión, un órgano que ha abierto camino a través de muy diversos temas de derecho internacional y cuyos informes son muy apreciados. El Comité trata de mantener una posición consecuente con la de la Comisión.

²¹⁷ En su 64º período de sesiones (2012) la Comisión aprobó en primera lectura los proyectos de artículo sobre la expulsión de extranjeros, con los comentarios correspondientes (*Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), págs. 15 y ss., párrs. 45 y 46).

26. El Sr. SABOIA manifiesta su preocupación por que, a pesar de algunos progresos, en la región de las Américas se sigan cometiendo muchos actos de discriminación, algunos extremadamente graves, por motivos de orientación sexual e identidad de género.

27. El orador pregunta hasta qué punto la cooperación judicial interamericana emula los procesos establecidos en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y si el Comité ha examinado cuestiones como la corrupción, el blanqueo de dinero, la esclavitud y la mano de obra infantil.

28. La labor de la Comisión sobre la expulsión de extranjeros se ha centrado en los derechos de los refugiados y los desplazados internos. Resulta que la región de las Américas adopta una postura mucho más favorable que otras, gracias a la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados²¹⁸, que fue aprobada por la OEA, y pregunta si el Comité prevé elaborar una convención sobre los derechos de los refugiados.

29. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que unas altas tasas de delitos motivados por prejuicios basados en la orientación sexual o la identidad de género, incluida la violencia y hasta el asesinato, son una realidad en gran parte de las Américas. Aún más inquietante, esas tasas parece que van en aumento. Abordar este problema sería una tarea compleja, ya que la discriminación no se circunscribe a un solo campo, y están en juego la vida y la integridad física de las víctimas. Esos factores han incitado al Comité a iniciar los trabajos sobre esta cuestión.

30. Con respecto a la cooperación judicial interamericana, uno de los objetivos del Comité es preparar recomendaciones para facilitar la cooperación en las diversas esferas que el Sr. Saboia ha mencionado, además de otras, como el tráfico ilícito de drogas y la trata de personas, que constituyen un problema grave en las Américas y en otras partes del mundo. La cooperación entre las fuerzas de policía y de seguridad ya funciona eficazmente al parecer, pero se puede hacer más en el ámbito judicial.

31. En cuanto a una posible convención sobre los derechos de los refugiados y los desplazados internos, el orador dice que el Comité no se ocupa de esta cuestión ni por ahora tiene planes de hacerlo.

32. El Sr. VALENCIA-OSPINA dice que, a pesar de las crecientes tasas de discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género en todas las Américas, la labor del Comité sobre el tema goza de un apoyo político considerable, como se desprende de los cambios legislativos y judiciales en diversos países, incluido el del orador.

33. Varios países y grupos de las Américas han expresado su insatisfacción tanto con los órganos judiciales

y arbitrales regionales como con las cortes y tribunales internacionales, lo que lleva a la idea de la creación de una corte interamericana para desempeñar algunas de las funciones actualmente atribuidas a la Corte Internacional de Justicia. El orador pregunta si el Comité ha debatido esta cuestión y si las Américas han experimentado un cambio de actitud respecto a la jurisdicción universal en materia judicial y arbitral.

34. El Sr. NOVAK TALAVERA (Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité consideró hace algunos años la posibilidad de crear una corte regional de justicia, pero que por varias razones concurrió en la opinión mayoritaria de no seguir adelante con el asunto. Habría sido difícil salvar las limitaciones presupuestarias y de recursos que ello hubiera supuesto, como demuestra la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En líneas generales, la Corte Internacional de Justicia y los demás tribunales internacionales existentes, a pesar de sus carencias, se consideran suficientes para que los países puedan resolver sus controversias sin recurrir a la fuerza, aun cuando resoluciones contrarias a los intereses de un país a veces generen cierto descontento.

Identificación del derecho internacional consuetudinario (continuación) (A/CN.4/666, cap. II, secc. D, A/CN.4/672)

[Tema 9 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

35. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del segundo informe del Relator Especial sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/CN.4/672).

36. El Sr. PARK propone refundir las partes primera y segunda de los proyectos de conclusión propuestos, ya que los proyectos de conclusión 1 a 3 pueden considerarse en su conjunto elementos introductorios; el proyecto de conclusión 4 podría incluirse más adelante en el texto. El orador apoya en principio el enfoque basado en «dos elementos» para determinar la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario, en particular habida cuenta del bien fundamentado análisis presentado en el segundo informe.

37. Aunque la definición de «organización internacional» propuesta en el proyecto de conclusión 2 es clara, el orador pone en duda que sea necesaria. Por el contrario, se puede utilizar la expresión «organización intergubernamental». Si se necesita una definición más precisa, propone que se adopte la utilizada en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales²¹⁹. Propone asimismo trasladar las definiciones de «práctica general», actualmente en el proyecto de conclusión 5, y «aceptada como derecho (*opinio iuris*)»,

²¹⁸ Aprobada en el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) del 19 al 22 de noviembre de 1984; el texto de las conclusiones de la Declaración aparece reproducido en el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985 (OEA/Ser.L/V/II.66 Doc. 10 rev. 1), cap. V, y está disponible también en: www.acnur.org/cartagena30/, Documentos.

²¹⁹ 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 aprobado por la Comisión en su 63º período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88.

ahora en el proyecto de conclusión 10, al proyecto de conclusión 2, para que constituyan los nuevos apartados *c* y *d*, respectivamente, al objeto de definir desde el principio el contenido básico del enfoque basado en dos elementos. Teniendo en cuenta que las expresiones «práctica de los Estados», «práctica de las organizaciones internacionales» y *opinio iuris* se emplean con más frecuencia que «práctica general» y «aceptada como derecho», convendría presentar en paralelo ambas series de expresiones. Se entiende que «práctica general» abarca a la vez la práctica de los Estados y la práctica de las organizaciones internacionales.

38. El orador apoya el enfoque basado en dos elementos, pero señala que no se alude a la relación entre ambos. En particular, no se hace referencia a la relación temporal entre ellos. En algunos casos, es posible que normas de derecho internacional consuetudinario tengan como único fundamento la *opinio iuris* hasta que la práctica quede plenamente consolidada, como ocurrió con la formación de los principios generales de derecho sobre el espacio ultraterrestre. Si bien la práctica general suele preceder a la *opinio iuris*, se puede observar una tendencia diferente en algunas esferas del derecho internacional, especialmente cuando están involucrados cambios tecnológicos o necesidades emergentes de los países en desarrollo. Por consiguiente, el orador propone un nuevo proyecto de conclusión que diga así: «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, precede excepcionalmente a la práctica general (práctica de los Estados)».

39. El orador exhorta a la prudencia y a evitar las generalizaciones basadas en los fallos de la Corte Internacional de Justicia y órganos similares, puesto que versan solo sobre casos concretos sometidos por determinadas partes en una controversia. No ha habido hasta la fecha causas internacionales iniciadas de conformidad con el derecho del espacio ultraterrestre, por ejemplo, y, por lo tanto, sería poco apropiado basarse en fallos dictados por tribunales internacionales en ese campo.

40. El planteamiento adoptado en el proyecto de conclusión 4, aunque indiscutiblemente razonable, es también muy general y un poco vago como orientación práctica. Parece innecesario dedicar enteramente un proyecto de conclusión a esa afirmación general, especialmente en vista de que los proyectos de conclusión 8 y 11 versan sobre cuestiones análogas. Así pues, el orador propone que el contenido del proyecto de conclusión 4 se incorpore al texto de los proyectos de conclusión 8 y 11. Propone además que el proyecto de conclusión 5 mencione explícitamente que la práctica de las organizaciones internacionales puede constituir en ciertos casos práctica general, aunque eso se dice después en el proyecto de conclusión 7.

41. El proyecto de conclusión 6 se refiere a la atribución del comportamiento, pero a este respecto se plantea la cuestión de la atribución a un Estado del comportamiento de un actor no estatal. En el párrafo 34 de su informe, el Relator Especial, al parecer sobre la base de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por

hechos internacionalmente ilícitos²²⁰, sugiere que el comportamiento de órganos *de facto* de un Estado también puede tener la consideración de práctica del Estado. A tenor del artículo 9 sobre la responsabilidad del Estado, que versa sobre supuestos en que el Estado no ejerce ninguna influencia en el comportamiento de un actor no estatal, tal comportamiento no tiene que ser reconocido por el Estado para ser considerado hecho del Estado según el derecho internacional. Es dudoso, sin embargo, que normas como esta, aprobada a efectos de la responsabilidad del Estado, puedan aplicarse para determinar que el comportamiento de un actor no estatal es práctica del Estado a los efectos de la determinación del derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, el orador recomienda que la cuestión del comportamiento atribuible a un Estado en el contexto de la práctica de los Estados sea examinada cuidadosamente y analizada en el comentario del proyecto de conclusión 6.

42. El proyecto de conclusión 7, párrafo 2, se limita a enumerar diversas manifestaciones de la práctica de los Estados. El orador propone que se adopte un planteamiento más sistemático y se clasifiquen los diferentes ejemplos en dos apartados, a saber, práctica interna y práctica externa. Propone además que se adopte el mismo planteamiento con respecto al proyecto de conclusión 11, párrafo 2. Expresa su acuerdo con el punto de vista adoptado por el Relator Especial en el párrafo 45 del informe según el cual, si bien las personas físicas y las organizaciones no gubernamentales pueden desempeñar papeles importantes en la observancia del derecho internacional, sus acciones no constituyen práctica a los fines del presente tema.

43. Pasando a considerar el proyecto de conclusión 7, párrafos 3 y 4, el orador dice que, si bien es exacto que la inacción puede constituir práctica cuando la falta de protesta o de respuesta a la acción unilateral de otro Estado suponga aquiescencia, la relación entre acción e inacción en el contexto de la identificación de la práctica tiene que ser estudiada más a fondo. En particular, hay que responder a tres preguntas. En primer lugar, ¿cuál es el nivel mínimo de inacción requerido para que esta desempeñe un papel significativo en la formación del derecho internacional consuetudinario? En segundo lugar, ¿basta un número reducido de acciones para constituir derecho internacional consuetudinario cuando estas van acompañadas de numerosos casos de inacción? En tercer lugar, ¿qué ocurre en el caso de inacción por parte de algunos Estados mientras que otros actúan como objetores persistentes a las acciones unilaterales de terceros Estados? El orador señala que su comentario se aplica asimismo al proyecto de conclusión 11, párrafos 3 y 4.

44. Por lo que respecta al proyecto de conclusión 7, párrafo 4, la inclusión de los actos de las organizaciones internacionales, incluidas las resoluciones, en la lista de las posibles formas de la práctica despierta algunos temores. Los Estados a menudo votan a favor o en contra de

²²⁰ 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 aprobado por la Comisión en su 53^{er} período de sesiones y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 26 y ss., párrs. 76 y 77.

una resolución determinada como consecuencia de una negociación política, en vez de por convicción jurídica, y no siempre es fácil discernir las verdaderas intenciones o motivos de un Estado, un elemento que es decisivo en la determinación de la *opinio iuris*. Por otra parte, el valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas varía considerablemente, en función del tipo de resolución de que se trata y de las circunstancias en las que se somete a votación. Hay que guardarse de atribuir un peso excesivo a los actos de las organizaciones internacionales. En consecuencia, el orador propone suprimir en el proyecto de conclusión 7 las referencias a las resoluciones y los actos de las organizaciones internacionales y tratar esta cuestión con independencia de la práctica de los Estados.

45. En cuanto al proyecto de conclusión 9, sobre la necesidad de que la práctica sea general y uniforme, el orador dice que no se sabe muy bien cuál es el efecto de los objetores persistentes en el cumplimiento del requisito de generalidad.

46. Finalmente, el orador observa que falta en el informe una cuestión importante, a saber, la de la carga de la prueba relativa a la existencia del derecho internacional consuetudinario, un tema que tiene una gran importancia práctica. Opina en principio que la parte que invoca determinada norma de derecho internacional consuetudinario es la que tiene que soportar la carga de probar la existencia de esa norma. Con todo, se trata de un tema que convendría estudiar más a fondo.

47. El orador es partidario de que se remita al Comité de Redacción el conjunto de proyectos de conclusión en su integridad.

48. El Sr. MURASE dice que la definición de derecho internacional consuetudinario enunciada en el proyecto de conclusión 2, apartado a, mejora la que figuraba en el informe anterior²²¹, pero que sigue siendo inaceptable por varias razones. En primer lugar, es difícil comprender por qué se han incluido las ambiguas palabras «una práctica general aceptada como derecho», puesto que se trata de una expresión que ha sido duramente criticada por muchos autores. Afirmar que el derecho internacional consuetudinario es algo «aceptado como derecho» es simplemente una tautología, y la variedad de sentidos que se atribuyen al verbo «aceptar» lo hacen poco idóneo para ser incluido en la definición.

49. En segundo lugar, las palabras «que se derivan [...] y la reflejan» son sumamente ambiguas. Para poner a la par la práctica de los Estados y la *opinio iuris* habría que modificar el proyecto de conclusión 2, apartado a, de modo que diga: «Por “derecho internacional consuetudinario” se entienden las normas de derecho internacional constituidas por la práctica general y la *opinio iuris*».

50. En tercer lugar, la definición de derecho internacional consuetudinario parece apoyarse, al menos en parte, en la incorrecta premisa de que la práctica general siempre debe preceder a la *opinio iuris* en la formación de la

costumbre. Sin embargo, no siempre es así. Aunque es cierto que, tradicionalmente, la formación del derecho internacional consuetudinario empieza con la acumulación de práctica de los Estados, a la que se une después una *opinio iuris*, ese orden muchas veces se ha invertido en los últimos años. La *opinio iuris*, tal como se expresa en resoluciones de la Asamblea General o las declaraciones de conferencias internacionales, con frecuencia precede a la práctica general de los Estados. Si la Comisión pretende seguir el modelo de formación de la costumbre basado en dos elementos, la definición del derecho internacional consuetudinario debe tratar ambos elementos por igual.

51. En cuarto lugar, la definición no menciona el hecho de que el derecho internacional consuetudinario es un derecho «no escrito» (*ius non scriptum*). Aun cuando la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario se efectúe sobre la base de tratados o instrumentos escritos, la norma consuetudinaria misma no es *lex scripta*; es derecho no escrito.

52. Por último, el orador se manifiesta en desacuerdo con la observación del Relator Especial acerca de la conveniencia de trasladar el proyecto de conclusión 2, apartado a, al comentario general²²². Se necesita una definición de derecho internacional consuetudinario como conclusión autónoma, separada del empleo de otros términos.

53. En relación con la cuestión del doble cómputo o referencia reiterada a la misma prueba respecto tanto de la práctica de los Estados como de la *opinio iuris*, el orador dice que, para mantener el modelo de formación del derecho consuetudinario basado en dos elementos, es importante que la Comisión distinga lo más posible entre ambos. Las manifestaciones de la práctica de los Estados enumeradas en el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, son prácticamente idénticas a las formas de la prueba de la *opinio iuris* enunciadas en el proyecto de conclusión 11, párrafo 2. En lugar de enumerar las fuentes de prueba de la *opinio iuris*, el Relator Especial debería explicar en detalle los métodos que los profesionales podrían utilizar para encontrar la prueba de la *opinio iuris*.

54. El orador propone que la Comisión mantenga el modelo de los dos elementos en el plano teórico, pero que adopte un enfoque más flexible con respecto a la identificación efectiva del elemento subjetivo, a semejanza del artículo 19 de la Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario General de la International Law Association²²³. De acuerdo con ese enfoque, la *opinio iuris* puede compensar la falta relativa de práctica de los Estados, asumiendo así una función complementaria. En cualquier caso, es evidente que es necesaria una reflexión más a fondo sobre la compleja cuestión de la *opinio iuris*. Por consiguiente, la Comisión debería esperar a 2015 para remitir los proyectos de conclusión 10 y 11 al Comité de Redacción.

²²² Véase *supra* la 3222ª sesión, pág. 117, párr. 16.

²²³ Resolución 16/2000 (Formación del derecho internacional consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25-29th July 2000*, pág. 39. La Declaración de Londres aparece reproducida en *ibíd.*, págs. 712 a 777.

²²¹ *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663, párr. 45.

55. Con respecto al proyecto de conclusión 1, el orador dice que, en el párrafo 1, habría que sustituir «la metodología» por «los métodos» y que, en el párrafo 2, habría que suprimir las palabras «la metodología relativa a».

56. El proyecto de conclusión 3 comienza con las palabras «Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario», lo que plantea la cuestión de quién efectúa esa determinación. La asignación de la carga de la prueba en relación con el derecho consuetudinario internacional es un asunto grave en algunos tribunales internos. En el Japón, por ejemplo, de acuerdo con las normas procesales civiles, si se alega que una norma es de derecho consuetudinario, el tribunal tiene que adoptar *motu proprio* una resolución sobre este punto. En cambio, si se alega que la norma es meramente una costumbre *de facto*, que no obstante tiene ciertos efectos normativos, la carga de demostrar su existencia recae en la parte que hace tal alegación. A diferencia de los sistemas jurídicos internos, en el ámbito internacional no hay ningún tribunal supremo que resuelva en última instancia sobre las normas consuetudinarias. Además, la mayoría de las controversias no acaban ante la Corte Internacional de Justicia ni otros organismos jurídicos internacionales. De resultas de ello, las actitudes y los argumentos de las partes tienen una importancia mucho mayor en derecho internacional que en derecho interno.

57. El orador comparte las dudas del Sr. Park acerca de la utilidad del proyecto de conclusión 4, sobre la valoración de la prueba. Ante todo, no está claro a qué tipo de prueba se refiere en realidad el Relator Especial. La valoración de la prueba requiere unos criterios mucho más claros y más sólidos que aquellos a los que se refieren las ambiguas palabras «debe tenerse en cuenta». En lo que se refiere a la valoración de la prueba, no se puede confiar en factores tan inestables y contingentes como «el contexto» y «las circunstancias que rodean el caso».

58. Las palabras iniciales del proyecto de conclusión 7, párrafo 1, «[l]a práctica puede adoptar gran variedad de formas», son simplemente la descripción de un hecho y quizá no sean apropiadas en una conclusión.

59. El proyecto de conclusión 8 parece superfluo. El orador abraja reservas acerca tanto del párrafo 1, que parece enunciar una obviedad, como del párrafo 2, que parece prescindir del hecho de que es muy normal en los países democráticos que órganos del Estado expresen puntos de vista contradictorios.

60. Con respecto al proyecto de conclusión 9, el orador tiene dudas en cuanto a la fórmula bastante vaga utilizada en el primer párrafo para enunciar el requisito de que la práctica debe ser general. Sería preferible utilizar las palabras «frecuente y prácticamente uniforme», términos empleados por la Corte Internacional de Justicia en las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/los Países Bajos)*. Pone en tela de juicio también la referencia al controvertido concepto de los Estados «especialmente afectados» que figura en el párrafo 4.

61. En el proyecto de conclusión 10, párrafo 2, el empleo del adjetivo «simple» para calificar el «uso» da a

entender que este no tiene fuerza normativa. Sin embargo, no es así necesariamente, puesto que el uso o costumbre *de facto* a los que no se ha unido todavía la *opinio iuris* podrían tener cierto efecto normativo limitado tanto en derecho interno como en derecho internacional.

62. Para terminar, el orador hace votos por que el Relator Especial aborde la cuestión de las medidas unilaterales y su oponibilidad como parte de sus futuros trabajos sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

63. El Sr. CAFLISCH solo tiene algunas observaciones que hacer sobre los proyectos de conclusión, que, en su opinión, deben remitirse en conjunto al Comité de Redacción.

64. Con respecto al proyecto de conclusión 1, el orador conviene con el Sr. Murase en que hay que sustituir «la metodología» por «los métodos».

65. El proyecto de conclusión 2, apartado a, constituye una útil aclaración del Artículo 38, párrafo 1 b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

66. En el proyecto de conclusión 4, tal vez sea suficiente referirse a las «circunstancias que rodean el caso», que es de suponer que abarcan el «contexto».

67. En el proyecto de conclusión 5, el adverbio «principalmente» no se utiliza en relación con la aceptación de una práctica como derecho, sino más bien con respecto a la contribución a esa práctica que podrían hacer actores no estatales. Tal vez se podría aclarar esto.

68. Según el proyecto de conclusión 9, la práctica del Estado debe ser «suficientemente generalizada» para quedar establecida como norma de derecho internacional consuetudinario. Quizá fuera preferible suprimir el adverbio «suficientemente».

69. Aunque comprende el deseo del Relator Especial de no tratar los «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas», a los que se refiere el Artículo 38, párrafo 1 c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el orador desearía que se hiciera alguna referencia al hecho de que un principio general del derecho que se aplique con suficiente frecuencia se convierte en una norma de derecho consuetudinario internacional. Su interés no es puramente teórico; la transformación de un principio en una norma consuetudinaria puede influir en la determinación de la prueba de esa norma.

70. Por lo que hace a la *opinio iuris*, que el Relator Especial aborda en los párrafos 65 a 68 del informe, el orador pone en entredicho que siga siendo cierto que, como la doctrina ha afirmado a veces, se pueda considerar que una creencia es un elemento psicológico si el comportamiento en cuestión no corresponde a una *opinio iuris* en sentido estricto, sino a una necesidad irrenunciable.

71. Quizás habría que tener en cuenta la práctica y la *opinio iuris* de los estados que forman parte de un Estado federal. También se podría tomar en consideración el caso de las organizaciones no gubernamentales que

desempeñan funciones en el campo del derecho internacional, como el CICR, siempre que la práctica y la *opinio iuris* guarden relación con esas funciones.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

3224ª SESIÓN

Miércoles 16 de julio de 2014, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Kirill GEVORGIAN

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candiotti, Sr. Commissário 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. Laraba, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Šturma, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Cooperación con otros organismos (continuación)

[Tema 14 del programa]

DECLARACIÓN DE LAS REPRESENTANTES
DEL CONSEJO DE EUROPA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a las representantes del Consejo de Europa, la Sra. Lijnzaad, Presidenta del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI), y la Sra. Requena, Jefa de la División de Derecho Internacional Público de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público y Secretaria del Comité.

2. La Sra. LIJNZAAD (Consejo de Europa), que agradece la oportunidad que se brinda al Comité de presentar anualmente su labor a la Comisión, recuerda que el CAHDI es un comité intergubernamental que reúne dos veces al año a los asesores jurídicos sobre derecho internacional público de los ministerios de relaciones exteriores de los Estados miembros del Consejo de Europa y los representantes de diversos Estados observadores y organizaciones internacionales, a fin de examinar cuestiones relacionadas con el derecho internacional público y promover el intercambio y la coordinación de opiniones entre los Estados miembros. El Comité también formula dictámenes a petición del Comité de Ministros. En marzo de 2014 emitió un dictamen sobre la recomendación 2037 (2014) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la obligación de las instituciones internacionales de responder de sus actos en caso de violación de los derechos humanos, en el que insiste, entre otras cosas, en que los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales son elementos esenciales para el desempeño de su mandato y se rigen por el derecho internacional²²⁴. Invita

a las organizaciones internacionales a que suspendan puntualmente esas inmunidades, cuando proceda, y las remite a la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance de la inmunidad y la cuestión de existencia de «otros medios razonables».

3. El CAHDI también ha examinado algunos aspectos prácticos de la inmunidad, en especial en relación con las organizaciones internacionales. Así, en su reunión de marzo mantuvo un intercambio de opiniones sobre la solución de las controversias de derecho privado en que es parte una organización internacional, durante el cual se hizo hincapié en las lagunas existentes en la aplicación del principio de responsabilidad de las organizaciones internacionales en caso de violación de los derechos humanos —una cuestión que se plantea en particular en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz— y en la necesidad de solucionar ese problema completando la sección 29 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

4. Otra cuestión que figura en el programa de trabajo del CAHDI es la inmunidad de los bienes culturales prestados pertenecientes a un Estado, que se ha planteado en el contexto de varias controversias surgidas en los últimos años, en especial el asunto *Diag Human*. Esa cuestión plantea una serie de problemas, sobre todo en lo que respecta al origen de los bienes en cuestión o la determinación de si el embargo de bienes culturales pertenecientes a un patrimonio cultural es aceptable para saldar una deuda comercial. Por lo tanto, es necesario aclarar la situación de ese tipo de bienes, tanto más cuanto que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que se refiere a esta cuestión, aún no ha obtenido un gran número de ratificaciones. Así pues, el CAHDI se preguntó cómo podía contribuir al debate en curso sobre la manera de reforzar la protección de los bienes culturales prestados y examinó un proyecto de declaración no vinculante con miras a reconocer el carácter consuetudinario de algunas disposiciones de la Convención. Otros debates se centraron en las inmunidades de las misiones especiales, cuyo interés práctico no es nada despreciable, ya que los Estados recurren cada vez más a ese tipo de misiones, y en los problemas de derecho internacional planteados por los acontecimientos ocurridos recientemente en Ucrania, en particular las violaciones de principios fundamentales como la integridad territorial, la inviolabilidad de las fronteras y la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza. Se envió a los Estados y los observadores un cuestionario en relación con cada uno de los temas tratados, y sus respuestas se estudiarán en la reunión de septiembre. El CAHDI también examinó varios convenios del Consejo de Europa, incluido el Convenio Europeo para el Arreglo Pacífico de las Controversias, cuya ratificación, según concluyó el Comité, era necesario fomentar, ya que, si bien en diversas ocasiones había servido de justificación para la incoación de un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, aún era poco conocido. En los próximos meses, sus trabajos versarán sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, el reparto de responsabilidad entre los Estados y las organizaciones internacionales, la asistencia judicial y la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por

²²⁴ CAHDI, «Meeting report», 47ª reunión, Estrasburgo, 20-21 de marzo de 2014 (CAHDI (2014) 11), anexo III, párr. 7.