



Asamblea General

Sexagésimo octavo período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
2 de diciembre de 2013
Español
Original: inglés

Sexta Comisión

Acta resumida de la 25ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el martes 5 de noviembre de 2013, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Kohona (Sri Lanka)
mas tarde: Sr. Silva (Vicepresidente) (Brasil)

Sumario

Tema 81 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 65º (*continuación*)

La presente acta está sujeta a correcciones. Dichas correcciones deberán enviarse lo antes posible, con la firma de un miembro de la delegación interesada, al Jefe de la Dependencia de Control de Documentos (srcorrections@un.org), e incorporarse en un ejemplar del acta.

Las actas corregidas volverán a publicarse electrónicamente en el Sistema de Archivo de Documentos de las Naciones Unidas (<http://documents.un.org>).

13-54840X (S)



Se ruega reciclar 



Se declara abierta la sesión a las 10.05 horas.

Tema 81 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 65º (continuación) (A/66/10, A/66/10/Add.1 y A/68/10)

1. El Sr. Martín y Pérez de Nanclares (España), haciendo referencia al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que es fundamental mantener el justo equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la soberanía nacional de los Estados afectados y la exigencia de coordinación internacional. Por otra parte, la labor de la Comisión relativa a la prevención de los desastres, que ha centrado sus deliberaciones sobre el tema en su 65º período de sesiones, no debe apartar su atención de la cuestión básica de la asistencia en casos de desastre.

2. Aunque su delegación acoge con beneplácito la decisión de la Comisión de incluir el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en su programa de trabajo, su examen dará lugar a varias dificultades notables. En particular, será difícil delimitar el objeto del tema o trazar una línea divisoria entre las tres fases temporales propuestas por la Relatora Especial; también es probable que el calendario propuesto resulte demasiado ajustado. No es, por tanto, momento de pronunciarse sobre la forma que debería presentar el resultado final, si bien *prima facie* parece claro que muy difícilmente podrá pensarse en un proyecto de convenio.

3. Sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su delegación sigue sin tener muy claro cuáles son las cuestiones que habrá que tratar ni la viabilidad del tema, a causa de la forma muy diferente en que opera esta obligación en los diferentes regímenes convencionales y la indeterminación a propósito de si tal obligación conforma una norma de derecho consuetudinario o un principio general de derecho. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* no afecta significativamente esa percepción.

4. A propósito del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, el contenido y la calidad del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/663), basado en un profundo análisis de la jurisprudencia, auspician un resultado positivo, si bien el calendario podría resultar

excesivamente ambicioso. Su delegación comparte la idea de que la labor de la Comisión debe asegurar que se preserve la flexibilidad propia del proceso normativo consuetudinario y de que debe incluir un análisis en profundidad de los elementos constitutivos de la costumbre internacional. Por consiguiente, el resultado debe ser esencialmente de carácter práctico en forma de un conjunto de conclusiones con sus comentarios.

5. En cuanto al alcance del tema, es necesario estudiar cabalmente la relación de la costumbre internacional con otras fuentes de derecho internacional, ya que la distinción entre costumbre y principios generales no siempre ha estado clara ni en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ni en la doctrina jurídica. También puede resultar interesante examinar la relación entre la costumbre y la aquiescencia, así como la interacción entre los instrumentos o normas no vinculantes y la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Convendría distinguir claramente entre los métodos de identificación de la costumbre y los métodos de motivación de las sentencias, especialmente en el caso de la Corte Internacional de Justicia. A este respecto también hay que prestar atención a la costumbre bilateral como base de derechos y obligaciones internacionales recíprocos, pues tiene gran importancia en los contenciosos territoriales y de delimitación marítima o, en las controversias relativas a los derechos de navegación, como en la *Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)* sometida a la Corte Internacional de Justicia.

6. Además, sería importante estudiar la relación entre el derecho internacional consuetudinario general y regional, teniendo especialmente en cuenta la práctica de las organizaciones regionales. La incipiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede resultar de interés a ese respecto. También debería examinarse el elemento temporal, en particular la posibilidad de formación de una costumbre internacional en un breve período de tiempo.

7. El tema de la aplicación provisional de los tratados tiene una gran trascendencia práctica, habida cuenta de la frecuencia creciente con la que los Estados —y algunas organizaciones internacionales— hacen uso del mecanismo de la aplicación provisional, así

como de los graves problemas que plantea en el ámbito interno por constituir en muchas ocasiones una vía para eludir requisitos constitucionales internos. De particular gravedad son los casos en los que se pretende sostener la posibilidad de aplicaciones provisionales de duración indefinida. Con todo, su delegación comparte la visión de que a la postre el consentimiento de un Estado contratante es el elemento decisivo, por lo que no debe ser tarea de la Comisión alentar o desalentar el recurso a la aplicación provisional ni, probablemente, la de analizar o valorar las normas internas de los Estados.

8. Una vez aplicado provisionalmente un tratado, el Estado se somete a la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por este motivo, su Gobierno incluyó algunas limitaciones al posible uso de la aplicación provisional en el proyecto de ley de tratados internacionales y otros acuerdos internacionales que presentó al Parlamento español. Entre las cuestiones más relevantes que habrá que abordar en la labor futura de la Comisión, parecen particularmente destacables las relativas a la relación entre el artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena, y la cuestión de si el contenido del artículo 25 puede ser considerado derecho consuetudinario. A este respecto, es importante diferenciar entre tratados bilaterales y tratados multilaterales.

9. Es imprescindible analizar la práctica de otros sujetos de derecho internacional diferentes de los Estados. Aunque el Relator Especial haya expresado una preferencia por no examinar por el momento la cuestión de la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales, difícilmente podrá evitarse la cuestión porque afecta directamente a los Estados, como muestra con toda nitidez el uso de la aplicación provisional que Estados y organizaciones internacionales como la Unión Europea están haciendo en los denominados acuerdos mixtos celebrados por la organización con terceros Estados. Ello plantea problemas que merecerían una reflexión propia.

10. En lo que concierne al tema de la cláusula de la nación más favorecida, habida cuenta de los laudos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en los casos *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, *Plama Consortium Limited c. la República de Bulgaria* e *Impregilo S.p.A. c. la República Argentina*, es pertinente que el objeto de la labor del Grupo de

Estudio sea evitar la fragmentación excesiva del derecho internacional y lograr una mayor coherencia de las decisiones arbitrales internacionales en el ámbito de las inversiones. Con todo, la interpretación de los tratados bilaterales de inversiones por esos tribunales arbitrales está claramente marcada por el relativismo propio del derecho internacional, lo que no impide deducir la existencia en la jurisprudencia arbitral de un cierto precedente. Teniendo en cuenta el relativismo intrínseco al derecho internacional de inversiones, el resultado de la labor de la Comisión no debe ser excesivamente prescriptivo.

11. **El Sr. Sousa Bravo** (México), refiriéndose al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que la reducción del riesgo de desastres, en su sentido más amplio, es uno de los pilares para la protección de las personas en casos de desastre, ya que de la adopción de medidas de reducción del riesgo de desastres depende la medida en que las personas estarán expuestas o protegidas contra esos riesgos. Además, el principio de diligencia debida es fundamental para la gestión integral de los riesgos. Por consiguiente, su delegación coincide con el Relator Especial en que el proyecto de artículos debe considerar los escenarios previos al desastre y acoge con beneplácito la decisión de la Comisión de aprobar provisionalmente los proyectos de artículo 5 ter (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) y 16 (Deber de reducir el riesgo de desastres). El concepto del deber de reducir el riesgo de desastres también debería integrarse en el proyecto de artículo 2 (Objeto), agregando al final del proyecto de artículo la frase “incluyendo las medidas para reducir el riesgo de desastres”.

12. En lo que respecta al proyecto de artículo 5 ter, es apropiado mantener una referencia específica a la medidas de reducción del riesgo de desastres, ya sea en el propio proyecto de artículo 5 o en un proyecto de artículo separado, a fin de reforzar el carácter único de la prevención para la protección de las personas. La cooperación para reducir el riesgo de desastres difiere en ciertos aspectos de la cooperación que se presta durante un desastre, tal como se indica en el proyecto de artículo 5 bis. Mientras que esta tiene un carácter urgente que busca aliviar el sufrimiento de las víctimas y de sus necesidades más apremiantes, la cooperación para reducir el riesgo de desastres exige una planificación y se actualiza de manera progresiva con el tiempo. Sin embargo, estas características no

contradican la necesidad de flexibilidad, incluso el hecho de que la cooperación debe prestarse según las posibilidades de los Estados y con el acuerdo del Estado afectado.

13. En relación con el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, su delegación celebra la decisión de la Comisión de cambiar el título por el de “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, de modo que se delimita el alcance del tema y se le imprime un sentido práctico. La formulación de una serie de conclusiones y comentarios servirá de guía para los abogados y jueces y dotará de una mayor claridad al procedimiento por el cual una práctica común entre los Estados se convierte en costumbre internacional. Es apropiado que la Comisión se centre en la metodología para identificar las normas consuetudinarias, habida cuenta de que debe analizarse el contexto en el que se lleva a cabo este proceso, ya que la óptica de los Estados u otros actores puede ser distinta de la que emplean los tribunales. Por ejemplo, corresponde a los Estados, y no a la Corte Internacional de Justicia, probar la costumbre internacional. Sin embargo, la labor de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales es preponderante por el razonamiento bien fundamentado que emplean para decidir si una práctica debe ser considerada o no norma consuetudinario internacional.

14. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es una referencia obligada para el examen de las fuentes de derecho internacional y un punto de partida idóneo para el tema. No obstante, la lista de fuentes que contiene no es exhaustiva. Además, deja de lado a otros actores intergubernamentales, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, que contribuyen a la formación de normas consuetudinarias, ya que solo los Estados son partes en los casos sometidos a la Corte. El Relator Especial ha decidido acertadamente aplicar el criterio tradicional dualista que tiene en cuenta la práctica generalizada y la *opinio juris*, y no los enfoques modernos que no reflejan la doctrina mayormente acogida en la práctica internacional.

15. Por último, el segundo informe del Relator Especial debería incluir un apartado sobre el valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas para la formación del derecho consuetudinario. Pueden resultar útiles estudios anteriores sobre la cuestión, como el de Jorge Castañeda, que utilizó términos como

“vía vertiginosa de formación” o “práctica acelerada” para categorizar normas consuetudinarias sobre la base del tiempo necesario para su formación. Si bien la consolidación de la práctica se produce actualmente con rapidez mucho mayor, debido a la actual velocidad de las comunicaciones y otros factores, los elementos tradicionales de la costumbre continúan vigentes.

16. La labor de la Comisión sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados proporcionará una referencia práctica a los Estados. Efectivamente, su Gobierno formuló una declaración de aplicación provisional para dar efecto inmediato a los artículos 6 y 7 del Tratado sobre el Comercio de Armas, de conformidad con el artículo 23 de dicho Tratado, hasta su entrada en vigor para México. El resultado de la labor de la Comisión sobre el tema debe adoptar la forma de directrices o cláusulas modelo que sirvan de orientación a los Estados, sin pretender una regulación excesiva del mecanismo para salvaguardar la flexibilidad que brinda a las partes en un tratado. Su delegación está de acuerdo en que la labor de la Comisión no debe ser alentar o desalentar el recurso a la aplicación provisional. Los Estados deben tener libertad para decidir si aplican o no provisionalmente un tratado; la aplicación provisional es transitoria y puede facilitar la entrada en vigor definitiva del tratado. En cuanto a la metodología, el examen de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye un buen enfoque; a este respecto, su Gobierno facilitará a la Comisión la información que ha solicitado sobre el tema. Por último, su delegación coincide en que el régimen de responsabilidad de los Estados en el contexto de la aplicación provisional de los tratados no es diferente del régimen general que se aplica normalmente. Por consiguiente, la labor del Relator Especial debería centrarse en el proceso de la aplicación provisional y sus efectos jurídicos.

17. Su delegación celebra que se haya incluido en el programa de trabajo de la Comisión el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Habida cuenta de las frecuentes violaciones del artículo 35, párrafo 3, del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo adicional I), 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, es importante promover la adopción de medidas legales para proteger el medio ambiente antes, durante y después de un conflicto armado. Por consiguiente, su delegación coincide con la perspectiva temporal de tres fases propuesta por la Relatora Especial para abordar el tema. Como Estado parte en los principales instrumentos de derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho ambiental internacional, México subraya la importancia de que en las tres fases del estudio se consideren las obligaciones correspondientes de cada rama del derecho internacional, algunas de las cuales serán aplicables a más de una fase. Sería valioso compilar información sobre las mejores prácticas de una variedad de fuentes, incluidos los Estados, otros órganos de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales especializadas en la protección del medio ambiente, como base para la labor de la Comisión sobre el tema.

18. Con respecto al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), habida cuenta de que no se ha resuelto definitivamente la cuestión de si existe esta obligación en el derecho internacional consuetudinario, es pertinente que la Comisión realice un análisis sistemático de la práctica de los Estados para determinar si existe una norma consuetudinaria al respecto. Sin embargo, el examen de los elementos del principio *aut dedere aut judicare* no depende necesariamente de la conclusión relativa a la naturaleza consuetudinaria de dicho principio, por lo que se sugiere avanzar en ambos frentes de manera paralela.

19. En su reciente fallo sobre el caso *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, analizado en el informe del Grupo de Trabajo sobre el tema, la Corte Internacional de Justicia determinó que, en el caso específico de la Convención contra la Tortura, la posibilidad de elegir entre juzgar o extraditar no significa que ambas opciones posean el mismo peso, sino que la extradición es una opción ofrecida a un Estado mientras que el enjuiciamiento es una obligación. Por tanto, la Comisión debería analizar con mayor profundidad la cuestión de la importancia relativa de la obligación de enjuiciar y de la obligación de extraditar.

20. Por otra parte, con respecto al alcance de la obligación de juzgar, la Corte analizó las acciones llevadas a cabo por el Senegal en relación con sus obligaciones derivadas de la Convención contra la

Tortura, teniendo en cuenta elementos como la necesidad de legislar, la obligación de investigar y cuestiones de financiamiento ante la obligación de iniciar procedimientos penales, así como la inmediatez necesaria para llevar a cabo tales acciones y las autoridades competentes para ello. Sería aconsejable que la Comisión abordara estos aspectos en el contexto del Grupo de Trabajo y reflexionara sobre la posibilidad de su aplicación universal o bien si las modalidades que acompañan la obligación de juzgar cambian dependiendo del instrumento que contenga dicha obligación o del crimen de que se trate.

21. Finalmente, la Corte analizó la cuestión del interés jurídico y del impacto para fines de responsabilidad internacional que acompaña el principio *aut dedere aut judicare* cuando se refiere a normas de carácter *erga omnes* o *jus cogens*, como la prohibición de la tortura. Dicho análisis guarda una estrecha relación con la obligación de juzgar o extraditar, pues implica determinar frente a quién se tiene dicha obligación, quiénes podrían solicitar una eventual extradición, y quién tiene el interés jurídico para invocar la responsabilidad internacional de un Estado por incumplir su obligación de juzgar o extraditar. Estos temas también podrían ser examinados por el Grupo de Trabajo.

22. Sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida, su delegación apoya el objetivo general del Grupo de Estudio de establecer una protección contra la fragmentación del derecho internacional, habida cuenta de la actuales divergencias que existen en la jurisprudencia y, sobre todo, de la falta de coherencia en las reglas de interpretación de tratados utilizadas, la aplicación de dichas reglas y los razonamientos de los tribunales que han permitido el uso de esa cláusula para incorporar disposiciones de arreglo de controversias. La interpretación del alcance de las cláusulas de la nación más favorecida debe dilucidar la verdadera intención de las partes en un tratado y preservar el equilibrio logrado en un acuerdo de inversiones entre la protección del inversionista y de su inversión y el necesario espacio del Estado receptor en lo que respecta a la aplicación de sus políticas. Por ello, el resultado ideal de la labor del Grupo de Estudio sería un informe dividido en tres apartados: a) una exposición general donde se presenten los problemas surgidos y las razones jurídicas que han creado tendencias divergentes en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida; b) recomendaciones

sustantivas de derecho internacional y de cláusulas modelo que sirvan de guía a los países para futuros contratos; y c) recomendaciones para la correcta interpretación de cláusulas de la nación más favorecida en tratados existentes en que no esté claro si la cláusula se extiende a cuestiones de procedimiento, como la resolución de disputas, tomando en cuenta el principio de *ejusdem generis* y el hecho de que el origen del derecho al trato conforme a la cláusula de la nación más favorecida está en el tratado básico y no en el tratado de una tercera parte.

23. **La Sra. Farhani** (Malasia), refiriéndose al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que su delegación considera que la idea general subyacente a la formulación del proyecto de artículo 5 ter es favorable para los Estados y contribuye a promover la cooperación para reducir el riesgo de desastres de conformidad con el principio de la soberanía de los Estados en el derecho internacional público. Sin embargo, el término “medidas” que se utiliza en el proyecto de artículo 5 ter parece guardar una correlación con las medidas concretas detalladas en el proyecto de artículo 16, párrafo 1; esa correlación podría ampliar excesivamente el deber de cooperar. Su delegación observa además que en virtud del proyecto de artículo 5 es obligatorio para los Estados cooperar con las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales competentes, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, y con otras organizaciones no gubernamentales pertinentes. Dicha disposición, leída conjuntamente con las medidas de aplicación que figuran en los proyectos de artículo 5 ter y 16, puede conducir a una usurpación del derecho soberano de un Estado por un órgano supranacional.

24. Su delegación también considera que la versión del proyecto de artículo 16 propuesta por el Relator Especial, que contempla la adopción de medidas apropiadas mediante el establecimiento de mecanismos institucionales, es más aceptable que la versión preparada por el Comité de redacción, que ampliaba el alcance de la aplicación de esas medidas requiriendo que los Estados adoptaran legislación y otras normas orientadas a prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos. Todas las medidas adoptadas por un Estado para reducir el riesgo de desastres deben corresponder a su capacidad y basarse en el principio de la soberanía del Estado. Con respecto al párrafo 2

del proyecto de artículo 16, su delegación expresa preocupación por la posibilidad de que el requisito de que los Estados recopilen y difundan información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas, con el objetivo, entre otros, de mejorar la transparencia en las transacciones y el escrutinio y el control públicos, afecten cuestiones relacionadas con la seguridad nacional de un Estado. La difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas no debe ser absoluta y debe estar guiada por las leyes, normas, reglamentos y políticas nacionales de cada Estado.

25. Por lo que respecta al tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, su delegación no tiene objeción al cambio de título por el de “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, puesto que la labor propuesta de la Comisión seguirá incluyendo un examen de los requisitos para la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario, así como de la prueba material de la existencia de dichas normas. Mientras que el derecho internacional consuetudinario de alcance regional puede llegar a ser obligatorio para un grupo de Estados de una región determinada, la Comisión debe analizar minuciosamente la forma en que una práctica obtiene reconocimiento como norma de derecho internacional consuetudinario en una región particular, puesto que el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso del Asilo (Colombia c. Perú)* sugiere que podría requerirse un criterio distinto para el derecho internacional consuetudinario regional que para el derecho internacional consuetudinario general.

26. En relación con la metodología, su delegación apoya la propuesta del Relator Especial de examinar atentamente la práctica de los Estados y la *opinio juris*, que son dos elementos constituyentes del derecho internacional consuetudinario ampliamente aceptados. A ese respecto, la Comisión también debería identificar situaciones comunes en que los Estados han actuado basándose en principios de buena voluntad y cortesía más que en la *opinio juris*, abordar la importancia relativa de cada elemento constituyente en la identificación del derecho internacional consuetudinario y determinar si un elemento de prueba puede utilizarse para demostrar tanto la práctica del Estado como la *opinio juris*. Al analizar las fuentes de derecho consuetudinario basta con hacer referencia al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de

Justicia; el examen de fuentes adicionales no es pertinente para el tema.

27. Su delegación está de acuerdo con la serie de materiales propuestos por el Relator Especial y con la sugerencia de que habría que hacer una distinción entre el peso relativo atribuido a los distintos materiales. Es acertado considerar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como la fuente principal de material para la formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario. La Comisión debería examinar atentamente la forma en que los tribunales nacionales aplican el derecho internacional consuetudinario, ya que es posible que los jueces de los diferentes países no sean buenos conocedores del derecho internacional público. Sin embargo, debe reconocerse que los jueces nacionales tienen discreción para aplicar sus leyes nacionales según consideren apropiado. El resultado de la labor de la Comisión sobre el tema no debe prejuzgar la flexibilidad del proceso consuetudinario ni los acontecimientos futuros en relación con la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Es importante que se tengan en cuenta las prácticas de los Estados de todos los sistemas jurídicos y todas las regiones del mundo.

28. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, es importante no regular excesivamente el mecanismo sino dejar margen para aplicarlo con flexibilidad. Mientras que el propósito de la labor de la Comisión es simplificar los procesos para la aplicación provisional de los tratados, varios Estados, incluido el suyo, ya han establecido procedimientos estrictos para la internalización y aplicación de los tratados. A este respecto, no debe obligarse a los Estados a aplicar sus obligaciones convencionales antes de que estén preparados para hacerlo. La Comisión debe concentrar su labor en las principales cuestiones jurídicas que se plantean en el contexto de la aplicación provisional de los tratados examinando los enfoques doctrinales del tema y la práctica existente de los Estados.

29. Sobre el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, su delegación observa con preocupación los daños generalizados que se están causando al medio ambiente durante las guerras, que pueden continuar perjudicando los recursos naturales y extenderse más allá de las fronteras nacionales mucho después de terminado el conflicto armado. Ya es hora de llevar a cabo un análisis detallado del tema, para lograr el desarrollo

progresivo del derecho y una reglamentación eficaz. Como se subraya en el anexo E del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones (A/66/10), la labor de la Comisión debe basarse en el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho ambiental internacional y las normas internacionales de derechos humanos, con objeto de llevar a cabo una evaluación holística del tema. Malasia es parte en diversos instrumentos multilaterales que abordan indirectamente la cuestión de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, incluida la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción y, a nivel regional, el Tratado sobre la zona libre de armas nucleares de Asia Sudoriental, que promueve la protección de la región frente a la contaminación ambiental y los peligros que crean los residuos y otros materiales radiactivos.

30. De forma general, su delegación está de acuerdo con la propuesta de la Relatora Especial de abordar el tema con una perspectiva temporal. Sin embargo, además de producir recomendaciones sobre medidas concretas para proteger el medio ambiente en las diferentes fases relacionadas con un conflicto armado, la Comisión debería identificar las lagunas existentes en las leyes pertinentes; se requiere un amplio análisis del alcance de la protección del medio ambiente en el marco de las actuales normas de derecho humanitario internacional. Mientras que la Relatora Especial ha propuesto que el efecto de armas particulares en el medio ambiente no sea objeto de estudio en este tema, su delegación considera sin embargo que esta cuestión debe abordarse, ya que los distintos instrumentos que la regulan son parte integrante del conjunto del derecho humanitario internacional.

31. Respecto del tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su delegación coincide con el Grupo de Trabajo en que, debido a la gran diversidad en la formulación, el contenido y el alcance de la obligación en la práctica convencional, sería inútil que la Comisión pretendiera armonizar las cláusulas de los diversos tratados. La obligación de extraditar o juzgar constituye actualmente una obligación en el derecho internacional general dimanante de tratados o de la legislación interna, así

como sobre la base de la reciprocidad entre Estados. Puesto que no hay ninguna prueba sólida de su amplia aceptación por la mayoría de Estados, no goza de la condición de norma de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, el principio *aut dedere aut judicare* no es equivalente ni sinónimo del principio de la jurisdicción universal. Su Gobierno no ha tipificado delitos sujetos a la jurisdicción universal y cree que la obligación de extraditar o juzgar es vinculante para un Estado solo si este ha contraído la obligación correspondiente mediante un tratado o en la legislación nacional.

32. La obligación de extraditar o juzgar está contemplada en la Ley de extradición de Malasia de 1992, en virtud de la cual el Ministro de Asuntos Internos tienen discreción para determinar si se acepta una solicitud de extradición o si se remite el caso a la autoridad competente para enjuiciarlo, teniendo en cuenta la nacionalidad del presunto perpetrador o si los tribunales de Malasia tiene jurisdicción respecto del delito de que se trate. Para determinar si se acepta una solicitud de extradición solo se tendrán en cuenta los delitos sujetos a extradición. A este respecto, su delegación está de acuerdo con el Grupo de Trabajo en que la obligación de juzgar constituye en realidad una obligación de remitir el caso a la fiscalía y no entraña una obligación de iniciar un proceso.

33. Sería prematuro intentar redactar artículos antes de determinar el fundamento de la obligación de extraditar o juzgar. Por consiguiente, hay que determinar la condición del derecho existente antes de emprender un desarrollo progresivo del tema. Con respecto a la tercera alternativa sugerida por el Grupo de Trabajo, que el Estado entregue a un sospechoso a un tribunal penal internacional competente a fin de cumplir su obligación internacional de extraditar o juzgar, teniendo en cuenta que Malasia tiene un sistema jurídico dualista, sus obligaciones internacionales solo serían vinculantes con respecto a los tratados en los que es parte, con sujeción a posibles reservas, y que haya incorporado en su ordenamiento jurídico. Su Gobierno cumplirá su obligación de extraditar o juzgar con arreglo a los tratados bilaterales y multilaterales a los que se haya adherido, con sujeción a las normas y procedimientos internos aplicables.

34. En relación con el tema de la cláusula de la nación más favorecida, en la medida en que el objetivo general del Grupo de Estudio es dar una mayor coherencia a los enfoques adoptados por los tribunales

al interpretar las disposiciones de la nación más favorecida, sería útil que la Comisión formulara un principio general para interpretar y aplicar la cláusula de la nación más favorecida en virtud del derecho internacional público a fin de averiguar si existe alguna asimilación de derechos sustantivos y tratos de procedimiento. De los laudos arbitrales en los casos *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina* y *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán* parece desprenderse que la cláusula de la nación más favorecida no puede extenderse de forma general a las disposiciones de solución de controversias.

35. Aunque no ha habido un enfoque uniforme para interpretar las cláusulas de la nación más favorecida, el Grupo de Estudio podría considerar varios conceptos aplicables, incluidos los de “contemporaneidad de la prueba” y de “criterio de preponderancia” al analizar *ratione materiae* la aplicación de la cláusula frente a un trato menos favorable en los procedimientos de un mecanismo sobre controversias, y el de “margen de apreciación” con respecto a la especificidad de un tratado particular. Estos instrumentos de interpretación deberían permitir a la Comisión analizar cuestiones de admisibilidad y cuestiones jurisdiccionales en relación con la cláusula de la nación más favorecida, y determinar en qué medida la cláusula puede afectar el consentimiento del Estado a la jurisdicción arbitral.

36. El resultado de la labor del Grupo de Estudio no debe ser excesivamente prescriptivo; tampoco debe prejuzgar la intención original y la práctica constante de los Estados con respecto a la interpretación y aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Por consiguiente, la Comisión debe adoptar un enfoque meramente descriptivo, centrado en los aspectos generales y específicos de la redacción de la cláusula en su contexto contemporáneo.

37. **El Sr. Leonidchenko** (Federación de Rusia), haciendo referencia al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que cada vez es más dudoso que el resultado de la labor de la Comisión sobre la cuestión deba adoptar la forma de un proyecto de artículos. Sería más apropiado un proyecto de directrices que regulen la cooperación entre los Estados para prevenir los desastres y mitigar sus consecuencias. Las normas formuladas por la Comisión deberían centrarse en fomentar la cooperación para asistir a los Estados afectados por un desastre más que en crear obligaciones jurídicas estrictas que podrían imponer

una carga aún mayor a los Estados afectados. Este argumento general es aplicable a todos los proyectos de artículo sobre el tema aprobados por la Comisión en su 61º período de sesiones. Así, el proyecto de artículo 5 bis (Formas de cooperación) debería considerarse una lista descriptiva de formas de asistencia que la comunidad internacional puede proporcionar a un Estado afectado; no es exhaustiva ni debe considerarse que cree obligaciones jurídicas. El proyecto de artículo 5 bis también debería indicar que las formas de asistencia ofrecidas a un Estado afectado deberían basarse en la solicitud del propio Estado.

38. El proyecto de artículo 5 ter (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) debería pasar a ser parte del proyecto de artículo 5 (Deber de cooperar). Con respecto a la obligación que figura en el proyecto de artículo 5 al efecto de que los Estados cooperen entre sí y con las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes, su delegación no ve motivos para declarar que esta obligación esté establecida como principio de derecho internacional. De conformidad con el principio de la igualdad soberana de los Estados, el Estado afectado tiene derecho a elegir de quién recibirá asistencia y con quién cooperará para reducir el riesgo de desastres y sus consecuencias. Parece ser que si, en este contexto, existe efectivamente la necesidad de formular una norma en tanto que desarrollo progresivo del derecho internacional, esta debería referirse a la obligación de los Estados de cooperar, con arreglo a su capacidad, entre ellos y con las organizaciones internacionales, a fin de prestar asistencia al Estado afectado y prestarse asistencia mutuamente para reducir el riesgo de desastres.

39. El propósito del proyecto de artículo 12 (Ofrecimientos de asistencia), que establece el derecho de los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales a ofrecer asistencia, no está claro y parece estar afirmando una obviedad. Con respecto al proyecto de artículo 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa), las limitaciones impuestas a un Estado afectado a la hora de formular condiciones para la prestación de asistencia externa también deberían imponerse a los Estados que prestan la asistencia. Por otra parte, su delegación tiene objeciones al párrafo 8) del comentario a ese proyecto de artículo, que indica que debe llevarse a cabo algún tipo de evaluación de

las necesidades para identificar la asistencia necesaria, lo cual da a entender que no puede confiarse en la solicitud del Estado afectado. No está clara la lógica en que se basa el proyecto de artículo 13, ya que sugiere que todo el proceso de prestación de asistencia no se pone en marcha a solicitud del Estado afectado sino como consecuencia del derecho de otros actores a ofrecer dicha asistencia.

40. Su delegación no tiene objeciones de peso al proyecto de artículo 14 (Facilitación de la asistencia externa). Sin embargo, propone que se dé al párrafo 1 del proyecto de artículo un carácter condicional utilizando la frase “según proceda”, ya que la asistencia en aspectos como los privilegios e inmunidades no será necesariamente apropiada en todos los casos. El proyecto de artículo 15 (Cese de la asistencia externa) debería incluir la primera oración del párrafo 2) del comentario correspondiente, es decir: “Cuando un Estado afectado acepta un ofrecimiento de asistencia, mantiene el control sobre la duración de dicha asistencia”.

41. El proyecto de artículo 16 (Deber de reducir el riesgo de desastres) es otro ejemplo de desarrollo progresivo del derecho internacional. Los paralelos que se establecen en el párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo con principios dimanantes de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho ambiental no son totalmente apropiados en este contexto. Desde un punto de vista práctico, todos los Estados desearán reducir el riesgo de desastres, pero no todos los Estados tienen la capacidad para tomar esas medidas. Por consiguiente, la norma debería volver a formularse en forma de recomendación, e incluir la frase “con arreglo a su capacidad”.

42. En relación con el tema de la aplicación provisional de los tratados, la Comisión debería adoptar para su labor un enfoque prudente, equilibrado y pragmático, basado en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como punto de partida lógico. Los tratados provisionales, de transición o intermedios no deben ser tenidos en cuenta para este tema a menos que se apliquen provisionalmente. Además, la Comisión no debería preocuparse excesivamente por la cuestión de si la aplicación provisional de los tratados internacionales contraviene la constitución de un Estado o alguna otra ley interna o por si infringe el principio de separación de poderes. Esta cuestión solo es pertinente en la medida en que afecta la posibilidad

de invocar la contravención de procedimientos internos como motivo para la no efectividad de un tratado aplicado provisionalmente. Habría que concentrarse sobre todo en la práctica de los Estados que tiene un efecto externo. Su delegación apoya el plan del Relator Especial de examinar la relación entre el artículo 25 de la Convención de Viena y sus otros artículos, y de determinar los efectos del incumplimiento de una obligación surgida de un tratado que se está aplicando provisionalmente. También merece consideración la cuestión de si el régimen de aplicación provisional constituye una norma de derecho internacional consuetudinario.

43. La labor de la Comisión debería estar basada en un estudio exhaustivo de la práctica de los Estados, incluidos los casos en que el texto del tratado no contempla específicamente la aplicación provisional. Su tarea principal es sistematizar el tema con arreglo a lo indicado en el informe sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones (A/68/10), sin alentar ni desalentar el recurso a la aplicación provisional ni regularlo excesivamente. Su delegación apoyaría un resultado que adoptara la forma de proyecto de conclusiones y cláusulas modelo.

44. Sobre el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, su delegación no tiene objeción a la decisión de la Comisión de cambiar el título del tema por el de "Identificación del derecho internacional consuetudinario", aunque la labor de la Comisión debería seguir incluyendo un examen de los requisitos para la formación de normas de derecho internacional consuetudinario, que es una de las cuestiones fundamentales relacionadas con el tema. Su delegación acoge con beneplácito la intención de examinar la práctica de Estados de todas las regiones del mundo, una cuestión particularmente importante para la formulación de un enfoque general sobre la forma de identificar el derecho internacional consuetudinario. Está de acuerdo en que un proyecto de conclusiones acompañadas de comentarios sería un resultado apropiado para los trabajos de la Comisión; la guía que se elaborara de este modo tendría un valor tanto teórico como práctico, especialmente para los abogados y jueces que no son expertos en derecho internacional público. También apoya la decisión del Relator Especial de no ocuparse del *jus cogens* en el ámbito del presente tema.

45. Si bien la cuestión de si existen diferentes enfoques del derecho consuetudinario en las diversas ramas del derecho internacional requiere un estudio atento, es importante partir del entendimiento de que el derecho internacional, que incluye el derecho internacional consuetudinario, constituye un sistema único y unificado de derecho, y el proceso que lleva su formación no debe dividirse en esferas separadas. Para trabajar con eficacia sobre este tema, la Comisión también debe considerar la relación existente entre el derecho internacional consuetudinario, el derecho de los tratados y los principios generales de derecho, además de estudiar la cuestión de la posible transición de las normas convencionales a normas de derecho internacional consuetudinario. La elaboración de un glosario de términos y sus definiciones tendría una utilidad práctica, principalmente para los profesionales que no son expertos en derecho internacional público.

46. Al investigar la práctica de los Estados, la Comisión no debería prestar una atención excesiva a la práctica de los tribunales nacionales, que habría de tratarse únicamente en el contexto de confirmar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario obligatoria para un Estado determinado, ya que los tribunales nacionales, al decidir sobre aspectos que afectan las relaciones internacionales, aplican solo el derecho establecido. Las decisiones de los tribunales nacionales no deben considerarse una práctica del Estado que puede dar lugar a la aparición de una norma de derecho internacional consuetudinario. La Comisión también debería estudiar si la práctica de los Estados que crea una costumbre internacional incluye no solo la conducta efectiva de los Estados sino también las declaraciones oficiales en reuniones y conferencias internacionales. Por otra parte, la práctica de los Estados puede consistir no solo en realizar actos positivos sino también en abstenerse de protestar contra una práctica activa de otros Estados. Por último, resultaría difícil establecer el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario sin tener en cuenta las resoluciones aprobadas por los Estados miembros de organizaciones internacionales, en particular las resoluciones basadas en el consenso que han sido aprobadas y reafirmadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas a lo largo de muchos años.

47. En cuanto a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su delegación se pregunta si

la Comisión debería continuar su examen del tema, teniendo en cuenta que no ha podido hacer progresos durante algunos años. Sobre el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, ya existe una reglamentación suficiente en el marco del derecho internacional humanitario, porque los períodos anterior y posterior a un conflicto armado se consideran tiempo de paz, durante el cual son plenamente aplicables las normas generales de protección del medio ambiente. Por consiguiente, la Relatora Especial no debería intentar redactar normas exhaustivas a este respecto.

48. **El Sr. Popkov** (Belarús), refiriéndose al tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, dice que, a pesar del número cada vez mayor de tratados internacionales bilaterales y multilaterales, la costumbre internacional sigue desempeñando un papel importante en el derecho internacional contemporáneo. El derecho internacional consuetudinario no solo es un medio tradicional de llenar el vacío legal en aspectos no regulados por los tratados internacionales, sino que también contribuye a la aplicación armoniosa, sistemática y no contradictoria de las normas contenidas en los tratados. Desde sus inicios, la Comisión se ha centrado en identificar la costumbre internacional como condición previa indispensable para la codificación en un ámbito determinado; por consiguiente, un estudio de sus trabajos ayudaría a precisar los instrumentos que ha utilizado para identificar las normas consuetudinarias y analizar el proceso de su formación y evolución. Únicamente la Corte Internacional de Justicia tiene una experiencia y una memoria institucional comparables en esta esfera, y su práctica también debería estudiarse atentamente.

49. Su delegación apoya el calendario y la metodología propuestos por el Relator Especial para el examen del tema y está de acuerdo en que es necesario estudiar el carácter específico de la formación y documentación de normas consuetudinarias sobre la base de los enfoques tradicionales del tema, que hacen hincapié en la importancia de la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Con respecto a los elementos materiales y subjetivos de las normas consuetudinarias, la práctica de los Estados tiene una importancia decisiva, aunque en algunos terrenos especiales del derecho internacional, particularmente el derecho internacional humanitario y el derecho internacional del espacio ultraterrestre, tal vez sería menos

pertinente un largo historial de práctica estable. Por otra parte, la práctica no siempre es coherente ni fácil de identificar, en parte porque no toda la práctica de los Estados es pública. Es apropiado establecer una distinción entre la conducta de los Estados conocida por el público en general y la actividad que se lleva a cabo de manera no pública, como los intercambios confidenciales de correspondencia diplomática y las consultas entre Estados a puerta cerrada.

50. En relación con la práctica de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario, el enfoque más productivo consistiría en tener en cuenta las actividades de los Estados miembros de esas organizaciones más que la práctica de las propias organizaciones internacionales, que son sujetos secundarios de derecho internacional. A pesar del cambio del título del tema, la formación del derecho internacional consuetudinario merece una atención particular, porque sería difícil identificar normas consuetudinarias sin considerar atentamente su formación. Aunque pueda parecer que la cuestión no tiene aplicación práctica, esta impresión es errónea. El concepto también es importante para los funcionarios del Estado, los jueces, los diplomáticos y otras personas que contribuyen a la formación e identificación de la costumbre internacional.

51. Las normas de *jus cogens* no deben tratarse separadamente de otras normas consuetudinarias, habida cuenta de que tienen la condición de costumbre internacional y, por consiguiente, se forman y se identifican del mismo modo que cualquier otra norma de derecho internacional consuetudinario. No obstante, su delegación está de acuerdo en que la interrelación entre el derecho internacional consuetudinario, los principios generales de derecho internacional, las normas de *jus cogens* y otras fuentes de derecho internacional deben estudiarse como parte de un tema separado sobre la jerarquía de las fuentes de derecho internacional.

52. En sus trabajos futuros sobre el tema, la Comisión debe estudiar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional de los tratados, que tienen una clara influencia recíproca. En este contexto, sería útil examinar el modo en que las normas de los tratados multilaterales se convierten en normas consuetudinarias del derecho internacional que obligan incluso a los Estados que no son partes en el tratado en

cuestión, así como identificar los criterios cuantitativos o cualitativos para dicha transición, las fuerzas que la impulsan y sus características jurídicas. La Comisión también podría analizar el potencial y las consecuencias de los cambios en las normas originales de los tratados mediante la costumbre internacional. Sería conveniente establecer claramente el concepto de derecho internacional general considerando su relación con el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional de los tratados. A este respecto, su delegación considera que el derecho internacional general abarca no solo las normas de derecho internacional consuetudinario sino también las normas contenidas en los tratados multilaterales generales. Por último, la Comisión debería estudiar con más detalle el carácter específico de las normas consuetudinarias locales y regionales, que son importantes para regular las relaciones entre los Estados y para el arreglo de controversias, incluso como parte de mecanismos judiciales y de arbitraje a nivel regional.

53. Sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados, su delegación acoge con beneplácito la intención de la Comisión de aclarar las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, de ser posible, adaptarlas a los requisitos de la práctica convencional contemporánea sin apartarse de la propia Convención, que ha demostrado su eficacia y sigue siendo una fuente fundamental de derecho internacional de los tratados. Con respecto a la terminología, la redacción del artículo 25 de la Convención de Viena es apropiada, ya que refleja el carácter jurídico de la aplicación provisional como un elemento subsidiario y opcional del tratado. Como indica el Relator Especial, la aplicación provisional de un tratado por un Estado termina naturalmente con la entrada en vigor del tratado para ese Estado. La motivación principal de la aplicación provisional es la necesidad urgente de dar efecto inmediato a la totalidad o a algunas de las disposiciones de un tratado. Sin embargo, su utilización como medio de modificar subrepticamente las disposiciones de un tratado o de eludir procedimientos constitucionales puede afectar negativamente la fuerza legal del tratado.

54. Para la labor futura de la Comisión sobre el tema, el enfoque más productivo y práctico sería estudiar las consecuencias jurídicas internacionales de la aplicación provisional, y más concretamente dilucidar las diferencias en cuanto a la condición de derecho internacional y a las consecuencias al respecto entre la

aplicación provisional y la entrada en vigor; determinar el carácter de la aplicación provisional como una obligación unilateral de un Estado correspondiente o (implícitamente) como una obligación bilateral o multilateral, y el alcance de las obligaciones recíprocas de un Estado que anuncia una aplicación provisional y otros Estados contratantes; considerar las consecuencias de la terminación unilateral de la aplicación provisional para el Estado que le pone fin y para los otros Estados contratantes, así como la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios (estoppel) y del principio de las expectativas legales; y evaluar las consecuencias de invocar el derecho interno como condición restrictiva de la aplicación provisional de un tratado internacional. Las cláusulas de algunos tratados internacionales, por ejemplo, hacen depender la aplicación provisional de la compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno de los Estados, en relación no con la necesidad de cumplir procedimientos constitucionales y de otro tipo para adherirse a un tratado internacional sino con la correlación de las disposiciones del tratado aplicado provisionalmente con las normas de derecho sustantivo que regulan cuestiones jurídicas similares.

55. Belarús recurre activamente a la aplicación provisional en su práctica convencional, y ejecuta los tratados internacionales aplicados provisionalmente de la misma forma que los tratados que ya han entrado en vigor. Considera que el incumplimiento de cualquier tratado, tanto si se aplica provisionalmente como si está en vigor, debe acarrear las mismas consecuencias, y espera que los demás Estados actúen de la misma forma con respecto a los tratados que se aplican provisionalmente.

56. Sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), no se han hecho progresos reales debido a la falta de un acuerdo claro acerca del resultado previsto de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión. Es poco probable que un proyecto de artículos sea un resultado idóneo, puesto que la obligación de extraditar o juzgar ya aparece de una forma suficientemente normalizada en muchos tratados bilaterales y multilaterales; sería más apropiado formular principios rectores y comentarios. El mejor enfoque consistiría en actuar en un contexto amplio asegurando que determinados crímenes no puedan quedar impunes. Habida cuenta de que la mayoría de delegaciones reconocen una interrelación específica, ya

sea en forma de complementariedad, exclusividad mutua o equivalencia plena, entre la jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar, sería aconsejable estudiar los aspectos específicos de la jurisdicción universal a fin de detectar posibles normas de derecho internacional consuetudinario.

57. En relación con el tema de la cláusula de la nación más favorecida, los trabajos del Grupo de Estudio deberían contribuir a la armonización de la formulación de normas y la aplicación de la ley en relación con las cláusulas de la nación más favorecida. Los resultados de la labor realizada hasta la fecha por el Grupo de Estudio son importantes para la práctica y también han contribuido a armonizar los enfoques de la interpretación de la cláusula. Las investigaciones de la Comisión sobre la aplicación del régimen de la nación más favorecida en las relaciones de inversiones complementan la labor de otros órganos y organizaciones internacionales, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, sobre la ampliación de la práctica judicial y arbitral internacional. Cabe esperar que la Comisión no se limite a realizar un análisis amplio de la práctica internacional existente, sino que también recomiende el modo de mejorar el equilibrio entre los intereses legítimos de los inversores y del Estado receptor.

58. Las conclusiones de la Comisión sobre el alcance de la aplicación del régimen de la nación más favorecida sobre la base de los tratados multilaterales de inversiones tendrían una importancia práctica, particularmente en la medida en que se relaciona con los límites y los criterios para la apropiación de disposiciones de tratados bilaterales o regionales para la protección de inversiones de terceros países, la legislación nacional sobre la promoción de determinados tipos de actividad inversora y de contratos de inversiones, y la expansión del régimen a las etapas anterior y posterior a la realización de una inversión en el Estado receptor. También sería útil que la Comisión determinara la correlación existente entre el régimen de la nación más favorecida, el trato nacional y las normas mínimas internacionales para el trato de los extranjeros. Además, habría que estudiar atentamente el efecto del principio de reciprocidad en el contexto del régimen de la nación más favorecida, y las posibles excepciones y limitaciones a su aplicación, incluso por motivos relacionados con la aplicación de estrategias y políticas de desarrollo sostenible.

59. El enfoque amplio del tema adoptado por la Comisión le permitirá un examen que vaya más allá del marco del derecho internacional de inversiones. Habría que prestar atención al contenido jurídico de las cláusulas similares en acuerdos de sedes relacionados con organizaciones internacionales a fin de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera. Por último, sería productivo, desde un punto de vista teórico y práctico, estudiar la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las adquisiciones de los Estados, incluso en relación con las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y de la organización Mundial del Comercio.

60. **El Sr. Alimudin** (Indonesia), haciendo referencia tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que su delegación está de acuerdo en que los principios básicos de la soberanía y la no injerencia y el requisito del consentimiento del Estado afectado deben considerarse a la luz de las responsabilidades asumidas por los Estados; la Comisión debe velar por que en su labor se llegue a un equilibrio entre esos principios. Es necesario subrayar que el Gobierno del Estado afectado es el que se encuentra en mejor posición para determinar la gravedad de una situación de desastre, los límites de su capacidad de respuesta nacional y si existe la necesidad de solicitar asistencia externa. No debe menoscabarse la práctica efectiva de los Estados. Al hacer frente a desastres de gran importancia, Indonesia siempre ha optado sin dilación por colaborar con la comunidad internacional. Reconociendo la vulnerabilidad del país a los desastres, el Gobierno ha promulgado una ley sobre gestión de desastres que estipula que quienes presten asistencia externa deben respetar la independencia política, la soberanía, la integridad territorial y la legislación nacional de Indonesia.

61. Su delegación expresa dudas sobre la necesidad del proyecto de artículo 12, que establece el derecho a ofrecer asistencia. En virtud de su soberanía, y con sujeción al consentimiento del Estado afectado, cualquier Estado no afectado puede prestar asistencia a un Estado afectado. Por tanto, es innecesario establecer un derecho a ofrecer asistencia. No obstante, su delegación acoge con beneplácito el párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 12, que aclara que el proyecto de artículo no establece una obligación legal de prestar asistencia ni impone al Estado afectado la obligación de aceptar la asistencia. Estos conceptos

deben considerarse conjuntamente con los párrafos 1), 5) y 6) del comentario al proyecto de artículo 13, que describen el derecho del Estado afectado a imponer condiciones de prestación de la asistencia externa y la obligación del Estado afectado y del que presta asistencia de cumplir las normas aplicables del derecho interno del Estado afectado.

62. El resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario brindará a los jueces nacionales, los abogados del Estado y los magistrados y árbitros de las cortes y tribunales internacionales especializados, entre otros actores, orientaciones sobre el modo de identificar y aplicar las normas de derecho internacional consuetudinario. Los dos aspectos del tema, la formación del derecho internacional consuetudinario, que es un proceso dinámico, y la documentación del derecho internacional consuetudinario, que tiene un carácter estático, están sin embargo estrechamente relacionados y deben abordarse exhaustivamente, independientemente del título que se elija para el tema. A fin de determinar si una norma de derecho internacional consuetudinario existe, hay que considerar tanto los requisitos para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario como el tipo de documentación que establece si esos requisitos se han cumplido. El concepto de *jus cogens* no debe considerarse como parte del tema, aunque se puede hacer referencia al *jus cogens* a medida que avance la labor al respecto.

63. Es importante considerar el tema de la aplicación provisional de los tratados, ya que permitirá aclarar las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional y otras cuestiones de derecho conexas. El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es la base apropiada para elaborar un conjunto de directrices sobre la aplicación provisional. Teniendo cuenta la complejidad del tema, algunas de las cuestiones planteadas por la Comisión han dado lugar a polémicas. Por consiguiente, sería positivo realizar más investigaciones sobre la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y los laudos arbitrales relacionados con la aplicación provisional de los tratados. Con respecto a los efectos jurídicos, sería esencial considerar la relación entre la aplicación provisional de los tratados y los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del tratado, ya que la aplicación provisional podría dar pie a un

conflicto entre el derecho internacional y el derecho constitucional de los Estados contratantes. Por motivos de certeza jurídica, en las directrices sobre el tema deberían establecerse condiciones para la aplicación provisional de los tratados que impidieran o redujeran la posibilidad de que se produjeran esos conflictos.

64. La Comisión deberá decidir acerca de la forma definitiva del tema solo después de haber progresado de manera significativa en su labor. Su objetivo no debería ser alentar a los Estados a aplicar provisionalmente los tratados, sino más bien brindarles orientación sobre las cuestiones pertinentes. En definitiva, los Estados gozan del derecho soberano de tomar cualquier decisión sobre la aplicación provisional de los tratados.

65. Con respecto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, su delegación acoge con beneplácito la propuesta de la Relatora Especial de abordar el tema en fases temporales, de modo que se examinen las medidas jurídicas adoptadas para proteger el medio ambiente antes, durante y después de un conflicto armado. Sin embargo, no puede haber una línea divisoria estricta entre las distintas fases temporales. Su delegación está de acuerdo en que el tema se presta más a la elaboración de un proyecto de directrices no vinculantes que a un proyecto de convención.

66. En relación con el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su delegación acoge con beneplácito la reconstitución del Grupo de Trabajo de composición abierta con objeto de evaluar los progresos de la labor sobre el tema y de explorar las opciones que pueda elegir en el futuro la Comisión.

67. **La Sra. Bolaño Prada** (Cuba), haciendo referencia el tema de la protección de las personas en casos de desastre, destaca la importancia de la labor de la Comisión de codificación de este tema con miras a la preservación de las vidas humanas. Todos los intentos de codificación deben tener en cuenta la importancia crucial de la fase de prevención de los desastres para el tratamiento y protección de la población, especialmente en los países más pobres. Sin embargo, cualquier norma de derecho internacional que se proponga debe enfocarse a las cuestiones generales y respetar el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas. Su delegación observa con satisfacción que en los proyectos de artículo se contempla el

consentimiento del Estado afectado a solicitar asistencia y reitera que esta cooperación debe prestarse respetando los principios de soberanía y autodeterminación. Los proyectos de artículo no deben bajo ningún concepto dar lugar a interpretaciones que quebranten el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados. Corresponde a cada Estado afectado determinar si la magnitud del desastre excede su capacidad de respuesta y decidir si solicita o acepta la ayuda ofrecida por organizaciones internacionales u otros Estados.

68. Cuba tiene una gran experiencia con desastres naturales de gran magnitud y cuenta con un sistema integral de respuesta. Sus esfuerzos se guían por el principio fundamental de salvaguardar la vida humana y la integridad de la población. Ha cooperado con muchos países y ha ofrecido asistencia en situaciones de desastres naturales, a pesar de haber tenido que enfrentarse durante más de 50 años con un bloqueo económico, comercial y financiero que ha limitado considerablemente su desarrollo.

69. Sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados, su delegación expresa su estricto apego a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Relator Especial debería observar prudencia en la interpretación de los actos soberanos de los Estados en la firma de tratados internacionales y en su entrada en vigor, pues dichos actos podrían estar enmarcados en un contexto político de difícil comprensión por terceros.

70. Su delegación apoya la inclusión del tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en el programa de trabajo de la Comisión. Sería útil un estudio de los efectos en el medio ambiente de todos los tipos de armas; su delegación tiene un interés particular en los efectos de la utilización, desarrollo y almacenamiento de armas nucleares. En tal sentido, la Relatora Especial sobre el tema debería analizar la posibilidad de diseñar un régimen de responsabilidad que comprenda la reparación del daño, la reconstrucción, la responsabilidad por el hecho ilícito y la indemnización por los daños causados al medio ambiente.

71. El tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) es de gran importancia para la comunidad internacional. En la regulación de la cuestión deben respetarse los principios de libre determinación y soberanía de los Estados. En la

aplicación del principio de extraditar o juzgar deben respetarse estrictamente las disposiciones consagradas en la Carta de las Naciones Unidas, especialmente la igualdad soberana y la independencia política de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos. La Comisión debería centrarse en consignar los principios generales que rigen la extradición y los motivos para denegarla, teniendo en cuenta el artículo 3 (Motivos para denegar obligatoriamente la extradición) del Tratado modelo de extradición, que figura en el anexo de la resolución 45/116 de la Asamblea General.

72. También sería útil establecer un marco general para los delitos extraditables, sin perder de vista el derecho de cada Estado a determinar en su legislación los delitos por los que se accederá a la extradición. A este respecto, la posición de Cuba es que la obligación de juzgar nace de la presencia del presunto delincuente en el territorio de un Estado, mientras que la obligación de extraditar surge solamente de la existencia de un tratado o de una declaración de reciprocidad entre los Estados implicados. La obligación de extraditar o juzgar depende no solo de la práctica sino del derecho internacional y su relación con el derecho nacional de cada uno de los Estados. Cuando un Estado no accede a una solicitud de extradición, ese Estado tendrá un deber de ejercer la acción penal, pero conforme a lo establecido en su legislación interna.

73. Tanto la obligación de extraditar o juzgar como el principio de jurisdicción universal tienen como finalidad combatir la impunidad para ciertos tipos de delitos lesivos para la comunidad internacional. Sin embargo, el Grupo de Trabajo sobre el tema debe valorar la pertinencia de especificar los delitos a los cuales se aplicarán estos dos principios, teniendo en cuenta los efectos negativos que el uso indebido de esos principios puede tener para la soberanía de los Estados.

74. La labor de la Comisión sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida es particularmente importante con respecto a los tratados de protección de inversiones. En tal sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados debe ser el punto de partida para el estudio de los principios aplicables a los acuerdos internacionales de cualquier naturaleza. Resulta preocupante que la cláusula de la nación más favorecida pueda ser utilizada por un inversor para exigir derechos que no se habían contemplado en el acuerdo con el Estado de su nacionalidad o que incluso muchas veces se hubieran

excluido expresamente como resultado de la negociación del tratado. Este uso cuestionable de criterios contenidos en otras normas e instrumentos jurídicos ajenos al tratado en cuestión es abiertamente contrario a los principios de interpretación y aplicación de los instrumentos según lo establecido en la Convención de Viena. Su delegación observa con preocupación cómo los tribunales arbitrales, en el afán de declararse competentes para conocer de casos, están ampliando indebidamente el ámbito de aplicación de los acuerdos de protección de inversiones basándose en principios como la cláusula de la nación más favorecida. Una interpretación amplia de esas cláusulas afecta el equilibrio del acuerdo de protección de inversiones y restringe la soberanía del Estado receptor de la inversión en cuanto a la formulación de políticas. Deben respetarse las condiciones del tratado, en el cual las disposiciones relativas a la nación más favorecida deben expresarse explícitamente, sobre todo en lo relativo al arreglo de controversias, y sin darles una interpretación amplia.

75. **La Sra. Topf-Mazeh** (Israel), haciendo referencia al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que Israel asigna gran importancia a la prevención como elemento fundamental de una respuesta amplia y eficaz a la amenaza de los desastres. En 2008, su Gobierno estableció la Autoridad Nacional para Emergencias, que coordina los organismos gubernamentales y las autoridades locales y les ofrece asesoramiento en el terreno de la gestión de desastres y sensibiliza al público sobre la necesidad de prevención del riesgo, mitigación de los daños y preparación. El Gobierno también realiza ejercicios nacionales para situaciones de desastre, a menudo con la participación de organismos internacionales. Además, mediante su Fuerza Internacional de Emergencia, Israel ha participado en iniciativas de educación y fomento de la capacidad en otros países, principalmente prestando apoyo a infraestructuras sostenibles de salud y educación antes, durante y después de los desastres. Sigue comprometido con la cooperación internacional y continuará ofreciendo asistencia siempre que sea posible y necesario.

76. Por lo que respecta a la labor de la Comisión, su delegación reitera su opinión de que el tema no debería considerarse desde el punto de vista de los derechos y deberes; por el contrario, la Comisión debería tener como finalidad prestar asesoramiento sobre iniciativas

voluntarias de cooperación internacional. Además, el deber de los Estados de cooperar debe interpretarse en el contexto de la responsabilidad primordial del Estado afectado por la protección de las personas en casos de desastre. Esta posición debería reflejarse en el proyecto de artículos.

77. En relación con el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, es necesario examinar con gran prudencia cualquier análisis realizado por el Relator Especial del papel de las organizaciones internacionales con respecto a la identificación o la formación de normas de derecho internacional consuetudinario. Para evitar un posible sesgo político y la fragmentación institucional, el papel de los actores no estatales en la identificación o formación de normas consuetudinarias debería ser extremadamente limitado. Las resoluciones, los informes y las declaraciones de organizaciones multilaterales, en particular los órganos y organismos de las Naciones Unidas, no están motivados únicamente por una finalidad jurídica y a menudo reflejan desequilibrios políticos, consideraciones selectivas y presiones de carácter temporal. Por ello, no hay que considerar que estos ejemplos de lo que se suele denominar normas no vinculantes establezcan algún tipo de obligación jurídica respecto de una práctica particular o sirvan para documentar dicha práctica. A este respecto, su delegación duda que sean apropiadas las observaciones 13 y 14 que figuran en el memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/659) y es reacia a la posibilidad de que el Relator Especial utilice en el futuro la Declaración de Principios de Londres de la Asociación de Derecho Internacional.

78. Israel apoya firmemente una metodología de investigación que haga hincapié en los Estados como únicos encargados de formular normas internacionales de carácter consuetudinario. Por tanto, la identificación de esas normas debería basarse en un examen exhaustivo de la práctica efectiva de los Estados, sumada a la *opinio juris*. Puede recurrirse a la jurisprudencia de los tribunales internacionales como medio subsidiario de identificación solo cuando incluya dicho examen exhaustivo. En sus trabajos sobre el tema, la Comisión no debe conceder ningún peso a las declaraciones políticas, las reacciones generales o las meras omisiones de los Estados.

79. También sería importante adoptar un enfoque prudente y responsable para el análisis de la cuestión

del derecho internacional consuetudinario especial o regional y a la cuestión de si se necesitan normas diferentes para la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario en diferentes ramas, como las normas internacionales de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. En un sistema jurídico internacional que ya está fragmentado, una mayor diversificación de las normas para la formación y la documentación de la costumbre basándose en una región o en una rama específica del derecho no haría más que aumentar la incongruencia y la incertidumbre. Cualquier divergencia del enfoque ampliamente aceptado para identificar la formación del derecho consuetudinario, que se basa en los dos componentes consagrados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que se aplica en la vasta jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales y nacionales, sería contraproducente. Inclinar por lo que el Relator Especial calificó de enfoques académicos “modernos” menoscabaría la autoridad de la fuerza de la costumbre como fuente del derecho internacional y podría desarmar la frágil estructura del sistema jurídico internacional existente.

80. Su delegación apoya la decisión del Relator Especial de no ocuparse de la cuestión de las normas de *ius cogens* por razones pragmáticas, ya que esas normas presentan su propia serie de problemas específicos que van más allá del alcance del tema. También acoge con beneplácito que el Relator Especial haya aclarado que no todos los actos internacionales conllevan un significado jurídico; no debe considerarse que los actos realizados *ex gratia* por los Estados, como actos de buena voluntad, cortesía y tradición, establezcan necesariamente una práctica del Estado o una *opinio juris*. Por lo que respecta al resultado de la labor de la Comisión, su delegación está de acuerdo en que el objetivo debería ser formular un conjunto de conclusiones y comentarios que sirvieran de guía interpretativa general para los tribunales y los profesionales internacionales y nacionales.

81. Su delegación celebra que el tema de la aplicación provisional de los tratados se haya incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión. Si bien Israel contempla la posibilidad de aplicar provisionalmente los tratados, esto solo sucede en circunstancias excepcionales. Por ejemplo, la aplicación provisional puede ser pertinente en situaciones de urgencia, cuando se necesita una

flexibilidad excepcional, cuando un tratado tiene una gran trascendencia política o cuando es importante no esperar a completar un prolongado proceso que asegure el cumplimiento de los requisitos constitucionales de un Estado para la aprobación del tratado.

82. Con respecto al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), las novedades del último año en el terreno jurídico han demostrado una vez más que la Comisión tiene ante sí no solo una cuestión teórica sino un instrumento jurídico práctico en la lucha internacional contra la impunidad. La obligación de extraditar o juzgar tiene todo su fundamento en los tratados; en su forma actual, el derecho internacional y la práctica de los Estados no proporcionan una base suficiente para extender una obligación de este tipo más allá de los tratados internacionales vinculantes que contengan explícitamente dicha obligación. Al redactar los tratados, los Estados pueden y deben decidir por sí solos la fórmula convencional sobre la obligación de extraditar o juzgar que sea más apropiada para su objetivo en una circunstancia particular, y sería fútil que la Comisión intentara crear un modelo único para todas las situaciones y tratados. Mientras que su delegación aprecia el estudio del Grupo de Trabajo sobre la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, duda que puedan extraerse consecuencias amplias y trascendentes de las circunstancias específicas presentadas en la decisión.

83. En relación con el tema de la cláusula de la nación más favorecida, la exhaustiva investigación emprendida por el Grupo de Estudio pone de relieve la complejidad de la cláusula en relación con los acuerdos bilaterales de inversiones. La cuestión del alcance de la cláusula de la nación más favorecida con respecto a los mecanismos de arreglo de controversias contemplados en los acuerdos bilaterales de inversiones y en los capítulos relativos a inversiones de los acuerdos comerciales tiene un interés particular, ya que es el método de aplicación del principio *ejusdem generis* por los tribunales de arbitraje sobre inversiones. El principio del consentimiento entre las partes que negocian esos acuerdos es importante para determinar el alcance de la cobertura de las cláusulas de la nación más favorecida y la exclusión de determinadas disposiciones. Su delegación espera con interés la continuación de la labor del Grupo de Estudio, incluido

su análisis de la jurisprudencia relativa a la cláusula de la nación más favorecida en relación con el comercio de servicios y los acuerdos sobre inversiones.

84. **El Sr. Mangisi** (Tonga), haciendo referencia al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que su delegación acoge con beneplácito la inclusión de los proyectos de artículo 5 ter y 16, que reconocen el deber que tienen los Estados de reducir el riesgo de desastres. Prestar atención a la prevención es particularmente importante en la región del Pacífico, donde la elevación del nivel del mar y tormentas tropicales cada vez más frecuentes e intensas tienen profundos efectos perjudiciales. Tonga, al igual que otros pequeños Estados insulares en desarrollo del Pacífico, está muy expuesta al aumento del riesgo de desastres como consecuencia del cambio climático. Fue el primer país de la región en formular un Plan de acción nacional conjunto sobre la adaptación al cambio climático y la gestión del riesgo de desastres, y estuvo a la vanguardia de la formulación y aplicación de un enfoque regional de la evaluación y la mitigación del riesgo de desastres.

85. Sin embargo, la responsabilidad de mitigar el riesgo de los desastres resultantes del cambio climático no puede recaer exclusivamente en los países en desarrollo más afectados, sino que también debe ser asumida por la comunidad internacional, en particular por los países desarrollados. El proyecto de artículo 5 ter confirma que el deber de cooperar que tienen los Estados, establecido en el proyecto de artículo 5, abarca las medidas para reducir el riesgo de desastres. A ese respecto, el riesgo de los desastres asociados con el cambio climático obliga a los Estados a cooperar; en realidad están obligados a hacerlo en virtud del derecho internacional, incluso reduciendo las emisiones globales de gases de efecto invernadero. Corresponde a los Estados desarrollados y en desarrollo cooperar para que se consideren una cuestión prioritaria las medidas para reducir los efectos del cambio climático, que son devastadores para los pequeños Estados insulares en desarrollo.

86. El proyecto de artículo 16, párrafo 1, establece el deber de los Estados de reducir el riesgo de desastres adoptando las medidas necesarias y apropiadas, incluso mediante legislación y otras normas, con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos. En su comentario al proyecto de artículo, la Comisión afirma que el deber se basa en el principio de diligencia debida y en la obligación de los Estados de

proteger activamente los derechos humanos. Teniendo en cuenta que el principio de diligencia debida se aplica también a la conducta de los Estados, incluida la inacción, que tiene efectos en el riesgo de desastres para otros Estados, es posible concluir que, también en virtud del proyecto de artículo 16, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y apoyar otras medidas de mitigación y adaptación al cambio climático que puedan reducir el riesgo de desastres. A este respecto, en el comentario al artículo 16 habría que aclarar que el deber de los Estados de prevenir los desastres incluye un deber de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para asegurar que sus acciones no incrementen el riesgo de desastres en otros Estados.

87. Su delegación considera que el deber de cooperar establecido en el proyecto de artículo 5 incluye el deber positivo de los Estados de prestar asistencia cuando lo solicite el Estado afectado, teniendo en cuenta la capacidad de cada Estado para prestar dicha asistencia. En el contexto del cambio climático, el carácter de este deber positivo de prestar asistencia debería reflejar la responsabilidad legal y moral de los Estados por el daño causado como consecuencia del veloz ritmo del desarrollo humano en los dos últimos siglos.

88. **El Sr. Sinhaseni** (Tailandia), refiriéndose al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que el proyecto de artículo 5 ter (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) debe interpretarse, entre otras cosas, a la luz del proyecto de artículo 11 (Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa) y del proyecto de artículo 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa). Conjuntamente, esos dos proyectos de artículo reconocen correctamente el derecho del Estado afectado a rechazar ofrecimientos de asistencia si considera que el Estado o la entidad que ofrecen la asistencia tienen un motivo ulterior que podría perjudicar su soberanía o un interés nacional fundamental.

89. Con respecto al tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, Tailandia adopta un enfoque dualista del derecho internacional e incorpora las disposiciones de los tratados internacionales en su legislación interna a fin de cumplir sus obligaciones en virtud de esos tratados. En raras ocasiones, los tribunales tailandeses se refieren a normas bien establecidas de derecho internacional consuetudinario para resolver

controversias. El resultado de la labor de la Comisión sobre el tema será para los jueces y abogados una guía valiosa sobre la manera de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario. En una época en que hay casi 200 Estados soberanos, parece que los tratados se han convertido en la fuente principal de obligaciones jurídicas internacionales para los Estados, y se ha hecho relativamente difícil demostrar la *opinio juris* y determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Las opiniones de la Comisión a este respecto serán apreciadas.

90. En cuanto al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), que es un instrumento indispensable para luchar contra la impunidad, el régimen convencional vigente que rige esta obligación presenta lagunas que puede ser necesario llenar, particularmente en relación con los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra que no entran en el ámbito de las infracciones graves definidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I. Por otra parte, en relación con el genocidio, y tal como estipuló la Corte Internacional de Justicia en su decisión de 26 de febrero de 2007 en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, el artículo VI de la Convención contra el Genocidio solo obliga a las Partes Contratantes a establecer y ejercer su jurisdicción penal territorial y a cooperar con una "corte penal internacional" en determinadas circunstancias. En este sentido, su delegación está de acuerdo con aquellas que han alentado a la Comisión a elaborar un conjunto de disposiciones modelo sobre la obligación de extraditar o juzgar a fin de llenar esas lagunas. También es muy encomiable la iniciativa conjunta de la Argentina, Bélgica, Eslovenia y los Países Bajos tendente a la adopción de un nuevo instrumento internacional sobre la asistencia jurídica mutua y la extradición para la investigación y el enjuiciamiento de todos los delitos internacionales más graves, incluidos los crímenes de lesa humanidad. La labor de la Comisión sobre el tema servirá de apoyo a esa iniciativa.

91. En relación con la necesidad de establecer la jurisdicción que permita aplicar la obligación de juzgar o extraditar, puede haber una superposición entre esa obligación y la jurisdicción universal en casos en que un delito se cometió en el extranjero sin ningún nexo con el Estado del foro. La Comisión debería estudiar la

práctica de los Estados en la aplicación del principio de la jurisdicción universal, que puede ser pertinente para sus trabajos sobre el tema. Por último, hay que prestar una atención particular al vínculo entre la obligación de extraditar o juzgar y los mecanismos establecidos por las jurisdicciones internacionales.

92. **El Sr. Silva** (Brasil), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

93. **La Sra. Benešová** (República Checa), refiriéndose al tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, dice que su delegación está de acuerdo con el alcance general del tema descrito por el Relator Especial. Aun cuando el título del tema se haya cambiado por el de "Identificación del derecho internacional consuetudinario", la labor propuesta de la Comisión debe seguir centrada tanto en el proceso de formación de las normas consuetudinarias como en la prueba material de su existencia. Ambos aspectos están interrelacionados y constituyen un medio esencial para determinar la aparición de normas consuetudinarias.

94. Su delegación también apoya el criterio basado en "dos elementos", que reconoce la necesidad de la práctica de los Estados y de la *opinio juris* en la formación de la costumbre internacional, aunque el equilibrio entre ambos puede variar. Existe un aspecto temporal en su relación, y es posible que un elemento sea más pertinente que el otro. El examen de cuestiones clave como si la *opinio juris* puede anticipar la práctica de los Estados, los efectos del tiempo y la repetición en la consolidación de una norma consuetudinaria y el concepto de derecho consuetudinario "instantáneo" podrían ayudar a aclarar algunas características básicas de la costumbre internacional. No obstante, la Comisión debería tener en cuenta la flexibilidad del derecho consuetudinario y evitar un enfoque excesivamente prescriptivo del tema. El resultado de los trabajos de la Comisión debería tener un carácter práctico.

95. Con respecto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, su delegación está de acuerdo con la Relatora Especial en que la cuestión es pertinente para el derecho internacional contemporáneo y apoya la metodología que ha propuesto, consistente en abordar el tema con una perspectiva temporal. Un proyecto de artículos sería un resultado apropiado.

96. En cuanto al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), algunas de las conclusiones del informe del Grupo de Trabajo (A/68/10, anexo A) son problemáticas. En particular, el párrafo 28 no refleja adecuadamente la posición de los Estados definida en el proyecto de artículo 13 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado por la Comisión en primera lectura (A/67/10, cap. IV). Puesto que no se han hecho progresos sustantivos desde 2005, la Comisión no debería continuar sus trabajos sobre el tema sino concentrar más bien sus esfuerzos en otras cuestiones que figuran en su programa. Al margen de estas opiniones, su delegación asigna gran importancia a la inclusión y la aplicación de cláusulas sobre la obligación de extraditar o juzgar en los instrumentos pertinentes de derecho internacional y está dispuesta a trabajar sobre la cuestión en los foros pertinentes.

97. **El Sr. Van Den Bogaard** (Países Bajos), refiriéndose al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que preocupa a su delegación, al igual que a otros miembros de la Comisión, el contenido del capítulo II, sección B, del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/662), que trata de la prevención como principio de derecho internacional. El principio de la prevención no debe aplicarse de manera excesivamente general, o en relación con todos los tipos de desastres. Además, si bien la referencia al derecho ambiental puede resultar útil, cabe recordar que el deber de prevenir los daños en el derecho ambiental se aplica en relación con los daños transfronterizos.

98. En relación con el proyecto de artículo 5 ter, que extiende el deber general de cooperar a la fase anterior a los desastres, su delegación apoya la intención de combinar este artículo con el proyecto de artículo 5 o 5 bis, de modo que se evite destacar excesivamente la fase anterior a los desastres. La Comisión debería concentrarse en la fase del desastre propiamente dicho, de conformidad con el título del tema. Los ajustes realizados al proyecto de artículo 16 han mejorado el texto, que ahora refleja mejor las opiniones de su delegación. La nueva redacción aclara que el deber de reducir el riesgo de desastres se aplica a cada Estado individualmente, lo que supone que las medidas deberán adoptarse principalmente a nivel interno. Su delegación recuerda y apoya la propuesta anterior del Relator Especial de estudiar la protección del personal

de asistencia humanitaria, que es una cuestión que genera preocupación.

99. Con respecto al tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, el cambio de título por el de “Identificación del derecho internacional consuetudinario” describe más apropiadamente el propósito de la Comisión de mejorar la transparencia del proceso mediante el cual se establece y se desarrolla el derecho consuetudinario. La labor de la Comisión será de gran pertinencia para los jueces nacionales que en ocasiones tal vez necesiten aplicar el derecho consuetudinario. En muchas jurisdicciones que siguen la tradición jurídica continental, se desdeña o se mira con sospecha el derecho consuetudinario. Según esa tradición, la ley debe estar codificada por escrito y es frecuente que las referencias al derecho internacional en forma de derecho consuetudinario sean mal interpretadas. A menudo el proceso de creación del derecho internacional consuetudinario es tan poco conocido por el juez nacional que su aplicación, incluso cuando es pertinente para un caso particular, no suele tener éxito. Por consiguiente, un criterio autorizado sobre la identificación de la costumbre será útil para la aplicación del derecho consuetudinario en las jurisdicciones nacionales.

100. También se necesita comprender mejor la formación del derecho consuetudinario. A este respecto, la Comisión debería reflexionar sobre la necesidad de publicación y transparencia en cuanto a los diferentes elementos que constituyen el derecho consuetudinario. Si bien con una óptica profesional es posible discernir la práctica de los Estados, estos no tienen ninguna obligación jurídica específica de aclarar o siquiera de publicar su *opinio juris*. Efectivamente, los Estados tal vez no querrán divulgar su *opinio juris* cuando no están obligados a hacerlo. Además, aunque la *opinio juris* puede deducirse de publicaciones oficiales o declaraciones de ministros y altos funcionarios, estos documentos no siempre están disponibles o no se tiene acceso a ellos, y tal vez no abarquen la totalidad de las normas detalladas de derecho consuetudinario. El hecho de que a veces los Estados traten la *opinio juris* como una cuestión confidencial creará dificultades para identificar el derecho consuetudinario. Su delegación espera con interés escuchar las opiniones del Relator Especial sobre esta cuestión.

101. Su delegación está de acuerdo con la mayoría de miembros de la Comisión en que el concepto de *jus cogens* no debe incluirse en la labor sobre el derecho consuetudinario. El *jus cogens* tiene una jerarquía superior en el sistema de derecho internacional, independientemente de que adopte la forma de derecho codificado o derecho consuetudinario. Determinar la forma en que una norma alcanzó la condición de norma imperativa inderogable representa una empresa claramente distinta de la de identificar las normas de derecho consuetudinario.

102. Mientras que su delegación reconoce que las referencias al derecho de los tratados son pertinentes para la investigación sobre la identificación del derecho consuetudinario, cuestiona la referencia a principios generales de derecho internacional en el debate sobre el tema. Habida cuenta de que los principios generales se consideran fuentes secundarias de derecho internacional, su pertinencia para la identificación del derecho consuetudinario no es evidente. Su delegación desearía recibir una aclaración sobre este enfoque.

103. Por lo que respecta al tema de la aplicación provisional de los tratados, su delegación duda que las cuestiones señaladas en el párrafo 53 del primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664) sean efectivamente las que necesitan una mayor aclaración. Aunque la aplicación provisional de los tratados es un instrumento de importancia práctica, no es tarea de la Comisión alentar su mayor uso, sino más bien esclarecer el concepto. La Comisión no debe proponerse cambiar las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino que, con arreglo a lo propuesto, debería analizar a fondo la práctica de los Estados a la luz del artículo 25 de la Convención. Este análisis también sería pertinente para determinar la condición del artículo 25 en el derecho internacional consuetudinario, que es otra cuestión sobre la cual debería reflexionar el Relator Especial. La Comisión debería examinar asimismo las formas en que los Estados pueden expresar su consentimiento a la aplicación provisional de un tratado y la manera de poner fin a la aplicación provisional.

104. El Relator Especial señala que el artículo 25 de la Convención de Viena parte de la hipótesis de la aplicación provisional cuando el tratado aún no se encuentra en vigor y que, por consiguiente, la aplicación provisional podría terminar con la entrada en vigor del instrumento. No obstante, en esos casos la

aplicación provisional podría continuar para aquellos Estados que aún no han ratificado el tratado. La Comisión debería examinar las diferentes cuestiones jurídicas que plantea esta situación. Análogamente, el artículo 25 establece que la aplicación provisional termina cuando un Estado notifica a otros Estados su intención de no ser parte en el instrumento. La Comisión debería examinar el significado jurídico de esa notificación, ya que no impediría que un Estado pasara a ser parte en el tratado en un momento ulterior.

105. La Comisión también debería considerar los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados en relación con el principio *pacta sunt servanda* estipulado en el artículo 26 de la Convención de Viena. A este respecto, sería necesario examinar diversas hipótesis distintas, incluidas las situaciones en que la aplicación provisional de regímenes convencionales, como los que requieren un marco institucional o una secretaría, solo tendría plena efectividad después de la entrada en vigor del tratado. De manera más general, tal vez sea necesario que la Comisión aclare el efecto de otras disposiciones de la Convención de Viena sobre la aplicación provisional de los tratados, teniendo en cuenta las reservas, y distinga el concepto de aplicación provisional de la obligación de no anular el objeto y la finalidad de un tratado antes de su entrada en vigor, de conformidad con el artículo 18 de la Convención.

106. Un estudio de la aplicación provisional de los tratados no debería pasar por alto la importancia del derecho interno, ya que es el ordenamiento jurídico nacional de un Estado lo que determina si la aplicación provisional sería una opción. Por consiguiente, esos procesos internos determinan en gran medida el alcance y la utilidad de la aplicación provisional como instrumento de la práctica convencional. Si bien es obvio que la Comisión debe aclarar esa relación, su labor al respecto no debería ir más allá de hacer balance de la legislación y la práctica de los Estados.

107. Puesto que la Comisión no ha hecho más que empezar a explorar el tema, aún es pronto para tratar del resultado preferido. El estudio debería brindar orientación práctica a los Estados sobre el uso del instrumento de la aplicación provisional e informarles de las consecuencias jurídicas que esta tiene, sin imponer un procedimiento particular que pudiera prejuzgar la flexibilidad del instrumento.

108. **La Sra. Lee** (Singapur), refiriéndose al tema de la protección de las personas en casos de desastre, dice que, al parecer de su delegación, la lista de formas de cooperación incluida en el proyecto de artículo 5 bis es meramente ilustrativa y su propósito no es crear obligaciones jurídicas adicionales. Más allá del deber de cooperar que se establece en el proyecto de artículo 5, el proyecto de artículo 5 bis no crea para el Estado afectado ningún deber adicional de solicitar las formas de cooperación descritas en la lista, ni establece para otros Estados un deber adicional de ofrecerlas.

109. En el proyecto de artículo 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa) se requiere que los Estados afectados indiquen el alcance y el tipo de la asistencia requerida al formular las condiciones para la prestación de asistencia. Su delegación considera que este requisito es ambiguo y agradecería recibir aclaraciones de la Comisión. Mientras que su delegación ha expresado dudas acerca de formular los ofrecimientos de asistencia como un “derecho” de los Estados y otros actores — como se hizo en el proyecto de artículo 12 — en vez de centrarse en el deber del Estado afectado de recibir esos ofrecimientos, reconoce que es posible que un Estado afectado reciba ofrecimientos de asistencia que no ha solicitado. En esas situaciones no está claro si un Estado afectado puede especificar condiciones sobre la prestación de asistencia sin tener que indicar el alcance y el tipo de asistencia que desea. Mientras que el proyecto de artículo 10 impone a los Estados afectados el deber de buscar asistencia en la medida en que el desastre supere su capacidad nacional de respuesta, no queda claro si, en situaciones en las cuales el Estado afectado tiene la capacidad nacional de respuesta suficiente para hacer frente a un desastre y se reciben ofrecimientos de asistencia no solicitados, el Estado afectado podrá especificar condiciones sobre la prestación de asistencia sin tener que indicar que la solicita ni describir el alcance y el tipo de la asistencia que busca.

110. En relación con el proyecto de artículo 15 (Cese de la asistencia externa), su delegación agradecería recibir una aclaración sobre el alcance del requisito de consulta entre el Estado afectado y los otros actores que presten asistencia. Pese a que la Comisión señala que no siempre es viable poner fin a la asistencia mediante un acuerdo mutuo, incluso en esa situación existe un requisito de consultar las modalidades de cese. Si el resultado previsto de esas consultas es un acuerdo, pero no se llega a ningún acuerdo sobre las

modalidades de cese después de esas consultas, ¿puede, por ejemplo, proceder al cese un Estado que ha estado prestando asistencia y que ha agotado sus recursos de asistencia?

111. Sobre el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, su delegación se muestra favorable a un enfoque común y unificado para la identificación del derecho internacional consuetudinario. También está de acuerdo con el Relator Especial en que es necesario asegurar que se preserve la flexibilidad del proceso consuetudinario, y acoge positivamente la intención de no examinar los aspectos sustantivos del derecho internacional consuetudinario ni de comentar cuestiones puramente teóricas.

112. Su delegación insta a actuar con prudencia al examinar el papel de los actores no estatales, como las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en la formación del derecho internacional consuetudinario, dado que existe una gran variación en la composición, la estructura orgánica y el mandato de las organizaciones internacionales, así como en la composición de sus órganos y en sus procesos de adopción de decisiones. Estas variaciones influyen en la determinación del papel que pueden tener esos actores en la formación del derecho internacional consuetudinario, y en particular sobre el peso que haya que asignar a sus acciones.

113. Sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados, el objetivo de la Comisión no debe ser convencer a los Estados de utilizar el mecanismo de la aplicación provisional, sino más bien formular una guía práctica destinada a los Estados sobre la manera de utilizarlo y sobre los efectos jurídicos que tendría. Esto permitirá a los Estados comprender mejor el concepto de la aplicación provisional y utilizarlo en las circunstancias apropiadas.

114. Sobre el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, su delegación está de acuerdo con la Relatora Especial en que el estudio no debe entrar en los posibles efectos en el medio ambiente de tipos particulares de armas. También está de acuerdo en que un proyecto de directrices no vinculantes sería un resultado apropiado para el tema, puesto que ya existen regímenes jurídicos sobre la cuestión y la labor de la Comisión no debería socavar estos regímenes.

115. Sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), el informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (A/68/10, anexo A) proporciona un análisis muy útil de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012 en el caso *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*. Sin embargo, no está clara la manera en que la Comisión se propone avanzar con el tema, particularmente a la luz de las sugerencias hechas por algunos miembros de la Comisión en su 64º período de sesiones en relación con la posibilidad de suspender o concluir el examen del tema. A este respecto, su delegación estudiará atentamente las sugerencias que presente el Grupo de Trabajo sobre la forma de seguir adelante.

116. Sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida, sería útil examinar la cuestión en la medida en que se relaciona con el comercio de servicios, y también su relación con las normas de trato justo y equitativo y de trato nacional. Su delegación observa que el Grupo de Estudio ha considerado la posibilidad de formular directrices y cláusulas modelo y comparte la opinión de que existe el peligro de que este enfoque sea excesivamente prescriptivo, porque podría limitar las opciones de los Estados en sus iniciativas de cooperación económica.

117. **El Sr. Redmond** (Irlanda), que se refiere al tema de la protección de las personas en casos de desastre, considera de gran utilidad la consideración amplia y detallada que se da en el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/662) a la reducción de los riesgos en la fase anterior a un desastre y el resumen informativo de las disposiciones existentes en los instrumentos mundiales, regionales y bilaterales, así como en la política y la legislación internas. Su delegación apoya los proyectos de artículo 5 ter y 16 y los comentarios al respecto y acoge positivamente los comentarios a los proyectos de artículo 5 bis y 12 a 15. En particular, toma nota de la afirmación de que “los ofrecimientos de asistencia que son compatibles con el presente proyecto de artículos no pueden considerarse una injerencia en los asuntos internos del Estado afectado”, que figura en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 12 (Ofrecimientos de asistencia), y la atención que se dedica al papel que desempeñan las organizaciones no gubernamentales en el párrafo 5) de ese comentario.

118. Habida cuenta de la importancia de la evaluación de las necesidades, su delegación acoge con beneplácito el párrafo 8) del comentario al proyecto de artículo 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa), que explica que la utilización de la palabra “identificadas” indica que debe haber algún proceso por el que se pongan de manifiesto las necesidades de las personas afectadas. El párrafo 5) del comentario al proyecto de artículo 15 (Cese de la asistencia externa) también es apropiado, ya que explica que este artículo debe leerse a la luz del objeto del proyecto de artículos que se indica en el proyecto de artículo 2, de modo que las decisiones relativas al cese de la asistencia deben “tomarse teniendo en cuenta las necesidades de las personas afectadas por desastres, a saber, si esas necesidades se han atendido y en qué medida lo han sido”. Su delegación aprueba también el comentario al proyecto de artículo 14, que ofrece más detalles sobre las posibles formas de asistencia externa.

119. Un resultado apropiado para el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario debería ser práctico y proporcionar orientación útil no solo a los profesionales a nivel internacional sino también a los que actúan en el ámbito interno. El enfoque adoptado por el Relator Especial en su primer informe es alentador, al igual que su decisión de no entrar en la cuestión del *jus cogens* en la etapa actual. Con respecto a la labor futura sobre el tema, su delegación expresa interés por la propuesta de examinar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho internacional, así como por la cuestión de si debe haber un enfoque unificado para la identificación del derecho internacional consuetudinario o una pluralidad de enfoques en función de la rama del derecho internacional de que se trate. La atención especial que el Relator Especial se propone otorgar a la claridad terminológica contribuirá extraordinariamente a los trabajos sobre el tema. Su delegación celebra el volumen y la variedad de los materiales que se consultarán, incluida la labor anterior de la Asociación de Derecho Internacional, el Instituto de Derecho Internacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

120. Sobre el tema de la aplicación provisional de los tratados, la Comisión debería considerar la relación entre el artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena, la medida en que la aplicación provisional podría aplicarse a las disposiciones de un

tratado que crean mecanismos institucionales, y la cuestión de si las normas establecidas en el artículo 25 son aplicables como normas de derecho internacional consuetudinario en los casos en que no se aplica la Convención de Viena. Es interesante la idea de considerar la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales, como se contempla en el artículo 25 de Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986.

121. Por último, su delegación acoge con beneplácito que se haya incluido en el programa de trabajo de la Comisión el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, y hace suya la propuesta de dividir la labor en fases temporales que aborden las medidas jurídicas que puedan adoptarse para proteger el medio ambiente antes, durante y después de un conflicto armado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.