



## Asamblea General

Sexagésimo noveno período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general  
20 de noviembre de 2014  
Español  
Original: inglés

---

### Sexta Comisión

#### Acta resumida de la 26ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el lunes 3 de noviembre de 2014, a las 15.00 horas

*Presidente:* Sr. Pašić (Vicepresidente) . . . . . (Bosnia y Herzegovina)

*más tarde:* Sr. Gharibi (Vicepresidente) . . . . . (República Islámica del Irán)

### Sumario

Tema 78 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (*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/a la Jefa de la Dependencia de Control de Documentos ([srcorrections@un.org](mailto: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/>).

14-63836 (S)



Se ruega reciclar



En ausencia del Sr. Manongi (República Unida de Tanzania), el Sr. Pašić (Bosnia y Herzegovina), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 15.05 horas.

**Tema 78 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (continuación) (A/69/10)**

1. El Presidente invita a la Sexta Comisión a continuar su examen de los capítulos X a XIII del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (A/69/10).

2. La Sra. Faden (Portugal) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que su delegación está de acuerdo con el enfoque basado en los dos elementos adoptado por el Relator Especial, que tiene en cuenta tanto la práctica como la *opinio juris*. Considera que la parte que alega la existencia de una norma de derecho consuetudinario debe asumir la carga de probar su existencia, y conviene en que los jueces están facultados para examinar de oficio la existencia de una determinada norma de derecho internacional consuetudinario, como parece ser también la opinión de la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 20 de noviembre de 1950 en la causa relativa al *Derecho de asilo (Colombia/Perú)*.

3. La práctica de las organizaciones internacionales es pertinente para la identificación del derecho consuetudinario, ya que muchas organizaciones internacionales, como la Unión Europea, tienen competencias que les han sido transferidas por Estados soberanos. También podría ser útil estudiar la práctica de otros agentes no estatales. A este respecto, el conocido estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario hace referencia a la práctica de los agentes no estatales, y el tribunal arbitral *ad hoc* en el caso *Gobierno de Kuwait c. American Independent Oil Company (Aminoil)* llegó a la conclusión de que las empresas privadas podían contribuir a la formación del derecho internacional consuetudinario.

4. En cuanto a la definición de derecho internacional consuetudinario, la expresión “aceptada como derecho” está demasiado asociada a una mera adhesión voluntaria a la ley que recuerda a la decisión adoptada en 1927 en la causa del *S.S. “Lotus” (Francia c. Turquía)*, mientras que la expresión “*opinio*

*juris*” implica más bien la convicción de que existe, o se debe cumplir, una determinada obligación jurídica. Esa convicción puede basarse en ciertas percepciones éticas o morales o en contextos sociales específicos. Por lo tanto, la Comisión de Derecho Internacional debería estudiar más a fondo la cuestión de la formación de la *opinio juris* a lo largo del tiempo, tratando de determinar el momento en que puede decirse que existe *opinio juris* en relación con una determinada práctica. A este respecto, es interesante observar que la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, utiliza expresiones temporales algo enigmáticas como “la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma” o la “incipiente *opinio juris*”.

5. En su labor sobre este tema, tan necesaria, la Comisión de Derecho Internacional tendrá que adoptar una posición sobre los diferentes enfoques teóricos del derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional en general. El resultado final de los trabajos sobre el tema debería ser flexible y pragmático, como por ejemplo una guía de la práctica que ayude a los profesionales del derecho a identificar el derecho internacional consuetudinario.

6. El tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, cuyo objetivo principal es la preservación del medio ambiente, es sin embargo inseparable de cuestiones como el desarme, la no proliferación, la prevención de conflictos y la progresiva restricción, tanto jurídica como política, del recurso a los conflictos armados. Portugal está de acuerdo con la propuesta de la Relatora Especial de abordar el tema en tres fases: antes, durante y después del conflicto armado. Sin embargo, esta distinción solo debe hacerse con fines analíticos, a fin de facilitar la determinación de las obligaciones y los efectos en materia de protección del medio ambiente en distintos momentos. Sin perjuicio de que el enfoque sea integrado, la fase más importante es la segunda (protección del medio ambiente durante un conflicto armado), puesto que es fundamentalmente en ese momento cuando se producen los daños al medio ambiente.

7. La Comisión de Derecho Internacional también debería tomar en consideración el derecho de los conflictos armados, que se ocupa en cierta medida de la protección del medio ambiente. Si las obligaciones

jurídicas internacionales existentes no son suficientes, la Comisión debería considerar la posibilidad de proceder a un desarrollo progresivo al respecto. Por otra parte, dado que el efecto de los conflictos armados en el medio ambiente depende en gran medida del tipo de armas que se utilicen, es necesario abordar la cuestión de las armas, aunque solo sea desde una perspectiva general. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* puede ofrecer orientaciones útiles al respecto.

8. No deben pasarse por alto los conflictos armados no internacionales al analizar los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente, habida cuenta de que la mayoría de los conflictos armados en curso son intraestatales, muchos de los cuales están relacionados con los recursos naturales. Por tanto, los conflictos armados entre agentes no estatales, o entre agentes no estatales y Estados, deben incluirse en el alcance del tema. Sin embargo, dado que un conflicto armado exige un grado mínimo de intensidad de las hostilidades, debería añadirse una referencia para excluir las situaciones de “disturbios o tensiones internos”, conforme a lo previsto en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

9. La decisión sobre el resultado final de los trabajos dependerá de cómo evolucione la labor de la Comisión de Derecho Internacional a la hora de identificar el derecho existente sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados; todavía es prematuro adoptar una posición al respecto. En la actualidad, Portugal no excluye la necesidad de un desarrollo progresivo en este tema.

10. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, Portugal está de acuerdo en que la aplicación provisional crea obligaciones jurídicas convencionales como si el tratado estuviera en vigor para los signatarios que lo apliquen provisionalmente. Es evidente que la decisión de un Estado de aplicar provisionalmente las normas de un tratado debe ser compatible con el derecho interno. Por esa razón, si bien la Comisión de Derecho Internacional debe centrarse en los aspectos de derecho internacional de la aplicación provisional, también sería útil realizar un estudio comparativo del derecho interno aplicable,

teniendo en cuenta que la finalidad de su labor sobre el tema es ofrecer orientaciones.

11. Portugal está de acuerdo con el Relator Especial en que el incumplimiento de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado debe tener las mismas consecuencias jurídicas que la violación de un tratado ya en vigor; ese incumplimiento podría equivaler a un hecho ilícito y, como tal, dar lugar a responsabilidad internacional. También apoya la decisión del Relator Especial de examinar el régimen jurídico relativo a la aplicación provisional de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, así como entre organizaciones internacionales. Además de la práctica de los Estados, también deben tomarse en consideración la jurisprudencia y la doctrina. Dado que la labor de la Comisión de Derecho Internacional consiste en aclarar el régimen jurídico de la aplicación provisional de los tratados, quizá lo mejor sea que el resultado final de esa labor sea una guía con comentarios y cláusulas modelo.

12. En cuanto al tema de la cláusula de la nación más favorecida, Portugal observa no solo que hay un número cada vez mayor de casos relacionados con este tema, sino también de opiniones discrepantes que se adjuntan a los laudos arbitrales, lo que pone de manifiesto la existencia de distintas opiniones acerca de la correcta interpretación de tales cláusulas. Si bien algunas decisiones siguen la lógica general del caso *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, en el que se indica que la cláusula de la nación más favorecida se aplica a las disposiciones relativas a la solución de controversias, otras decisiones se basan en el caso *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, en el que se llega a la conclusión opuesta. El estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre las diversas tendencias y criterios para la interpretación de las cláusulas de la nación más favorecida ya es, de por sí, un resultado valioso. La labor de la Comisión será de utilidad para los Estados, las organizaciones internacionales, los inversionistas y los tribunales, y contribuirá de esa manera a la seguridad y estabilidad necesarias en la esfera de las inversiones.

13. **El Sr. Scullion** (Reino Unido) dice que la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario tiene auténtico valor práctico. Su delegación apoya el enfoque del Relator Especial basado en los dos elementos, a saber, la práctica de los Estados y la *opinio juris*. También está de acuerdo en

que el *jus cogens* no debe examinarse en detalle en el marco de este tema, ya que la cuestión de determinar si una norma forma parte del *jus cogens* es distinta de la cuestión de determinar si se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario. Cuando las partes en un litigio sometido a los tribunales nacionales del Reino Unido presentan alegaciones basadas en el derecho internacional consuetudinario, los jueces buscan orientación en los fallos de la Corte Internacional de Justicia, pero no existe en la actualidad ninguna otra referencia autorizada a la que puedan recurrir. Un resultado práctico de los trabajos de la Comisión, en forma de conclusiones acompañadas de comentarios, sería útil para los jueces y otros profesionales del derecho a efectos de determinar si existe o no una norma de derecho internacional consuetudinario.

14. El Reino Unido está de acuerdo, en términos generales, con el enfoque adoptado y con el contenido de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Aguarda con interés los proyectos de comentario a esos proyectos de conclusión, así como la continuación del debate sobre los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672), que el Comité de Redacción aún no ha examinado.

15. Con respecto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, el Reino Unido acoge con beneplácito la confirmación por la Relatora Especial de que su labor sigue centrándose principalmente en las fases I y III y que no hay ninguna intención de modificar el derecho de los conflictos armados. En relación con la fase II, la propuesta de elaborar directrices con ejemplos de normas de derecho internacional que pueden seguir aplicándose durante un conflicto armado podría ser una iniciativa útil, siempre que las normas en cuestión se limitaran a la esfera del medio ambiente y reconocieran el carácter de *lex specialis* del derecho de los conflictos armados, que ya contiene normas relativas a la protección del medio ambiente.

16. El Reino Unido apoya la propuesta de la Relatora Especial de excluir del alcance del tema cuestiones como la explotación de los recursos naturales, la protección del patrimonio cultural y los efectos de determinadas armas específicas. Los disturbios o tensiones internos, como los motines, también deben quedar excluidos del tema. En términos más generales, el tema no debería ocuparse de cuestiones no resueltas

y a menudo controvertidas del derecho ambiental internacional, el derecho de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas. Por otra parte, no es adecuado que los Estados queden obligados a preparar evaluaciones del impacto ambiental como parte de la planificación militar. Por último, el Reino Unido comparte la opinión de la Relatora Especial de que el tema se presta más a la elaboración de directrices no vinculantes que una convención.

17. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, el Reino Unido otorga particular importancia al análisis de los efectos jurídicos de la aplicación provisional en el plano internacional y expresa su decepción por el hecho de que el segundo informe del Relator Especial no contenga información más detallada sobre la práctica de los Estados. Cabe esperar que se proporcione más información al respecto en el próximo informe, ya que, antes de presentar conclusiones, es esencial tener un panorama más amplio de la práctica de los Estados.

18. En cuanto al tema de la cláusula de la nación más favorecida, el Reino Unido celebra los progresos logrados por el Grupo de Estudio en su examen sustantivo y técnico del proyecto de informe final. Apoya la intención del Grupo de Estudio de acortar el informe y actualizar algunos elementos a la luz de los casos recientes, y valora positivamente su determinación de velar por que el informe final sea de utilidad práctica para los interesados en el ámbito de las inversiones y los responsables de las políticas. También apoya la postura general del Grupo de Estudio de que no sería apropiado elaborar un nuevo proyecto de artículos o revisar el proyecto de artículos de 1978.

19. **El Sr. Popkov** (Belarús) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que la labor del Relator Especial puede ayudar a la Comisión de Derecho Internacional a desarrollar una herramienta práctica que sea de utilidad no solo para los especialistas en derecho internacional, sino también para una amplia gama de profesionales del derecho. A fin de identificar las normas del derecho internacional consuetudinario, también es necesario comprender su proceso de formación. Belarús apoya el enfoque del Relator Especial basado en los dos elementos. Si bien las normas del derecho internacional consuetudinario son más difíciles de acotar que las normas convencionales, en la práctica son las normas del derecho internacional más ampliamente aceptadas y constituyen su columna

vertebral. Sería lógico considerar la posibilidad de ampliar el alcance del proyecto de conclusiones a fin de incluir el *jus cogens* y las normas generalmente aceptadas del derecho internacional, que también tienen la condición de normas de derecho internacional consuetudinario.

20. El concepto de práctica general no debería restringir el alcance del tema. Belarús acoge con beneplácito la intención del Relator Especial de examinar las cuestiones del derecho internacional consuetudinario especial o regional, incluida la costumbre bilateral, en su tercer informe, que presentará en 2015. A ese respecto, conviene preguntarse en qué medida la definición de derecho internacional consuetudinario propuesta por el Relator Especial en el proyecto de conclusión 2 tiene en cuenta los conceptos aceptados de costumbre regional o bilateral. Asimismo, la definición de organización internacional tal vez podría ampliarse a fin de aplicar el proyecto de conclusiones sin referencia a otras fuentes.

21. Belarús está de acuerdo en que, por lo que respecta al papel de la práctica en la formación de las normas consuetudinarias, es necesario conocer la práctica de los Estados, incluida la práctica en el marco de las organizaciones internacionales. Por esa razón, no es apropiado incluir la palabra “principalmente” en el proyecto de conclusión 5 propuesto por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/672). En futuros informes se debería examinar en qué medida la práctica de los Estados que actúan en el marco de una organización internacional afecta al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. También sería útil examinar las consecuencias jurídicas concretas del silencio como manifestación de la práctica de los Estados en lo que respecta al desarrollo de las normas consuetudinarias, entre otros en el contexto de una interpretación dinámica de los instrumentos constitutivos de una organización internacional por otros Estados o por la secretaría de la organización. Por otra parte, cabe señalar que la aceptación de una norma consuetudinaria de derecho internacional queda confirmada por la acción del Estado que renuncia a ciertos beneficios o ventajas con el fin de aplicar la norma. Es necesario un análisis adicional sobre este aspecto.

22. En algunos casos, el desarrollo del derecho internacional consuetudinario puede depender de las características o capacidades técnicas, científicas,

geográficas o de otra índole de los Estados. Por ese motivo, podría ser razonable incluir el concepto de “Estados especialmente afectados”, velando al mismo tiempo por que se respeten los intereses legítimos de otros sujetos de derecho internacional y el principio de la igualdad soberana de los Estados.

23. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, es importante analizar la distinción entre los efectos jurídicos, en los planos nacional e internacional, de la aplicación provisional de un tratado internacional y su entrada en vigor. Se debería establecer un mecanismo flexible respecto a la aplicación provisional de los tratados, que tenga en cuenta las limitaciones constitucionales y la diversidad de legislación nacional y vele por la estabilidad y certeza de las obligaciones convencionales y por su cumplimiento.

24. Si bien la intención de aplicar provisionalmente un tratado afecta directamente a los derechos y obligaciones asumidos por el Estado en cuestión, para que se generen obligaciones internacionales al menos otro Estado debe reconocer también dicha aplicación provisional. Las medidas unilaterales solo pueden conducir a la aplicación de una norma de un tratado internacional en el derecho interno, pero no pueden crear obligaciones para las demás partes contratantes. Belarús conviene en que la forma en que se exprese la intención de aplicar provisionalmente un tratado afectará directamente al alcance de las obligaciones contraídas. Por lo tanto, no solo es importante que un Estado exprese su intención de aplicar provisionalmente un tratado, sino que quede constancia de esa intención y se ponga en conocimiento de otros sujetos de derecho internacional. También debe examinarse el grado de libertad de acción de que goza un Estado para dar por terminada la aplicación provisional de un tratado, en el marco del tratado y de la práctica legislativa de dicho Estado.

25. Dado que las constituciones de algunos Estados imponen la obligación de publicar oficialmente todo acto jurídico que cree derechos y obligaciones para sus ciudadanos, sería conveniente estudiar la posibilidad de incluir disposiciones que permitan retrasar la aplicación provisional de los tratados internacionales que afecten directamente a los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas, a fin de dar tiempo para su publicación antes del inicio de la aplicación provisional. A fin de tener en cuenta la legislación de los Estados que no permiten la aplicación provisional

de los tratados internacionales, también debería examinarse la práctica de la aceptación de las reservas a los tratados y las declaraciones, en la medida en que se refieran a la aplicación provisional.

26. En cuanto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, Belarús comparte el enfoque general adoptado por la Relatora Especial. Habida cuenta de que los conflictos armados modernos afectan a menudo a los intereses de un gran número de Estados, podrían aplicarse diversas normas en esferas como el derecho internacional humanitario, el derecho ambiental y el derecho de los derechos humanos. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional debería determinar qué disciplina jurídica es *lex specialis* en relación con el tema y aplicar luego los principios y las normas básicas de esa disciplina. En su labor de codificación y desarrollo progresivo, la Comisión también debería tener en cuenta los niveles de desarrollo socioeconómico. No todos los Estados están en condiciones de aplicar plenamente las mejores prácticas descritas por la Relatora Especial; en consecuencia, se deberían establecer algunas normas mínimas orientadas hacia la práctica.

27. Si bien Belarús acoge con beneplácito la perspectiva temporal adoptada por la Relatora Especial, la labor de la Comisión de Derecho Internacional debe centrarse principalmente en la fase II. También se debe velar por que la redacción empleada no cambie la definición clásica de conflicto armado; a este respecto, debería utilizarse la definición de conflicto armado del derecho internacional humanitario o, al menos, la definición que figura en los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados.

28. En relación con los conflictos armados no internacionales, como los que se producen entre dos grupos armados en el territorio de un Estado, se plantea la cuestión de si los participantes tienen la capacidad o la voluntad de cumplir cualquier clase de obligación jurídica internacional en lo que respecta a la protección del medio ambiente. Los Estados, como sujetos de derecho internacional, por lo general no tienen un control suficiente de ese tipo de situaciones para poder influir en el comportamiento de los participantes en el conflicto, salvo la posibilidad de exigirles responsabilidades *a posteriori*. Por lo tanto, tienen que hacer frente a las consecuencias ambientales de dichos conflictos armados no internacionales que se produzcan en su territorio. La Comisión de Derecho

Internacional debería considerar la posibilidad de adaptar las conclusiones alcanzadas en los trabajos en curso sobre la protección de las personas en casos de desastre y aplicarlas al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Además, sería útil, no solo para el tema en cuestión, sino también para el desarrollo progresivo del derecho internacional en su conjunto, examinar el contenido jurídico de los conceptos de desarrollo sostenible, el principio de precaución y el principio de prevención.

29. **La Sra. Telalian** (Grecia) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que si bien el enfoque basado en los dos elementos es de aplicación general, se deben analizar más a fondo las variaciones en la importancia relativa de los dos elementos en algunos ámbitos específicos del derecho internacional, como el derecho de los derechos humanos. Si bien es aceptable en principio, la referencia a la “inacción” como forma de práctica pertinente para identificar el derecho consuetudinario debe precisarse. Solo puede ser pertinente la inacción deliberada de un Estado interesado respecto a la práctica en cuestión (en relación a menudo con un acto, propuesta o afirmación de otro Estado que exige la adopción de una reacción), y no cualquier forma de inacción. Por esa razón, deben mantenerse las palabras “en determinadas circunstancias” incluidas junto a la palabra “inacción” en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 6 [7] (Formas de la práctica) aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción.

30. Los Estados pueden seguir una práctica general basándose en la creencia de que se está ejerciendo un derecho o se está cumpliendo una obligación de conformidad con el derecho internacional. En ese sentido, la expresión “la creencia de que se trata de una obligación jurídica” que figura en el proyecto de conclusión 10 propuesto por el Relator Especial es demasiado restrictiva, ya que no parece abarcar el supuesto de una práctica basada en el ejercicio de un derecho. Sería mejor reemplazarla por una expresión más amplia, como “la creencia de que se está aplicando una norma jurídicamente vinculante con arreglo al derecho internacional” o, siguiendo la redacción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte*, “la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone”. Además, sería útil que la Comisión de

Derecho Internacional ofreciera orientaciones sobre la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados y principios generales del derecho, y en particular sobre el modo en que un principio general puede convertirse en una norma consuetudinaria. Al abordar el concepto de “objeto persistente”, la Comisión también podría arrojar luz sobre los llamados principios generales del derecho internacional, considerados por algunos autores como normas válidas para todos los Estados, con independencia de su actitud durante el proceso de formación de las normas.

31. Aunque las decisiones de los tribunales internacionales sobre la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario no constituyen “práctica general”, la jurisprudencia internacional tiene una influencia normativa indirecta pero decisiva que la Comisión de Derecho Internacional debería examinar más a fondo en su labor futura y que debería reflejarse en el comentario, preferiblemente en relación con el proyecto de conclusión 3 [4] aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, que se refiere a la identificación de los dos elementos de la costumbre internacional. Grecia también aguarda con interés el examen por el Relator Especial de la práctica normativa de las organizaciones internacionales en la esfera del derecho consuetudinario, y pone de relieve el importante papel desempeñado por las organizaciones de integración regional en ese sentido. Los efectos creadores de derecho de las resoluciones aprobadas por los órganos de las organizaciones internacionales merecen especial atención, ya que, a pesar de ser actos atribuibles a la organización de que se trate, pueden, en determinadas circunstancias, reflejar la *opinio juris* colectiva de los Estados que participan en su aprobación.

32. En cuanto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, Grecia apoya el enfoque temporal basado en tres fases adoptado por la Relatora Especial, que permite realizar un examen unificado de las normas aplicables, con independencia de que procedan del derecho de los conflictos armados, el derecho ambiental internacional o el derecho de los derechos humanos. Con respecto al alcance del tema, no puede pasarse por alto la cuestión de la protección del patrimonio natural, que goza de especial protección en virtud de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 1972. La referencia que se hace en el informe preliminar de la Relatora Especial (A/CN.4/674) a la definición del patrimonio natural prevista en esa

Convención sugiere que el asunto se analizará más a fondo en informes posteriores. Grecia acoge con beneplácito ese enfoque.

33. Algunos de los principios básicos del derecho ambiental internacional que, según el informe preliminar, podrían seguir aplicándose durante los conflictos armados son, sin lugar a dudas, pertinentes en relación con el tema. Es el caso, por ejemplo, del principio de precaución, habida cuenta de que el artículo 57, párrafo 3, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, entre otras disposiciones del derecho internacional humanitario, incorpora el criterio de precaución. En cambio, la aplicabilidad del principio de sostenibilidad es menos evidente y merece un cuidadoso examen. La obligación de prevención es una obligación de diligencia debida que se deriva de la norma mucho más amplia de no causar daños, que también comprende las obligaciones de controlar y reducir los daños al medio ambiente. A juicio de Grecia, es la norma de no causar daños, en su totalidad, la que debería examinarse para determinar su aplicación en caso de conflicto armado.

34. La obligación de divulgar información ambiental al público que se menciona en el informe de la Relatora Especial ha cobrado impulso desde la aprobación y entrada en vigor de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, de 1998 (Convención de Aarhus). Por tanto, debería examinarse a fondo el ámbito de aplicación de la cláusula de salvaguardia que figura en dicha Convención, según la cual podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente en caso de que la divulgación de esa información pueda afectar negativamente a la defensa nacional. Por último, en cuanto a la cuestión de los derechos humanos, en los informes futuros se debería tener en cuenta el debate sobre un incipiente derecho al agua.

35. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, es preciso examinar más a fondo la cuestión fundamental de los efectos jurídicos de la aplicación provisional, en particular a la luz de la práctica pertinente de los Estados. Sin embargo, en vista de las disparidades en la práctica, el Relator Especial debería, en primer lugar, analizar más a fondo las circunstancias en que los Estados recurren a la aplicación provisional. Por otra parte, la decisión de aplicar provisionalmente un tratado también depende

de la legislación nacional del Estado de que se trate. Por esa razón, en algunas disposiciones de tratados se precisa que los Estados contratantes solo deben aplicar provisionalmente un acuerdo internacional en la medida en que lo permita su respectiva legislación nacional.

36. Es esencial basarse en la práctica judicial y de los Estados pertinente al examinar las consecuencias derivadas del incumplimiento de una obligación de un tratado que se esté aplicando provisionalmente. Sería prematuro dar por sentado, sin un examen ulterior, que en esos casos deben aplicarse las normas sobre la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, dado que esa conclusión no está respaldada por una práctica suficientemente amplia. Grecia comparte también las preocupaciones de algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional sobre la aplicabilidad de las normas relativas a los actos unilaterales de los Estados, dado que el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, establece expresamente que debe haber acuerdo entre los Estados negociadores. Aunque se debe analizar más a fondo el concepto, Grecia acoge con beneplácito la aclaración del Relator Especial en el sentido de que no calificó, a propósito, la declaración unilateral de un Estado que tiene intención de aplicar provisionalmente un tratado como “fuente” de las obligaciones jurídicas, sino más bien como su “origen” en sentido temporal, es decir, el acto que desencadena la aplicación provisional.

37. **El Sr. Redmond** (Irlanda) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que el resultado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional debe ofrecer orientaciones claras y prácticas no solo para quienes trabajan a nivel internacional, sino también para los profesionales del derecho en el ámbito nacional; al mismo tiempo, no debe ser indebidamente prescriptivo y debe reflejar la flexibilidad inherente del derecho internacional consuetudinario. Con respecto a los proyectos de conclusión, Irlanda está de acuerdo en que la cláusula “sin perjuicio de” propuesta originalmente por el Relator Especial como párrafo 2 del proyecto de conclusión 1 debería suprimirse, y esa cuestión debería abordarse en el comentario.

38. Irlanda acoge con beneplácito el claro proceso en dos etapas que figura en el proyecto de conclusión 2 [3] aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, en el que se tienen en cuenta los dos

elementos constitutivos de la práctica general y su aceptación como derecho. Si bien debe seguirse de cerca la redacción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a fin de asegurar la armonía en la práctica y el comentario, la inclusión de las palabras “que es” entre “práctica general” y “aceptada como derecho” es una forma útil de establecer que se trata de dos elementos distintos. Irlanda también apoya la inclusión de las palabras “*opinio juris*” entre paréntesis después de “aceptada como derecho”, habida cuenta de la importancia fundamental del término. Está de acuerdo en que es preciso examinar más a fondo la interacción entre ambos elementos constitutivos, en particular en lo que respecta a las posibles repercusiones temporales de los actuales proyectos de conclusión, así como la cuestión del “doble cómputo”. Acoge con beneplácito la inclusión de una referencia explícita a la práctica de las organizaciones internacionales en el proyecto de conclusión 4 [5] aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, y aguarda con interés el examen del Relator Especial sobre esa práctica en su tercer informe. En el proyecto de conclusión 5 [6] (Conducta del Estado como práctica de los Estados), Irlanda es partidaria de un enfoque centrado en las funciones del Estado y no en los actos atribuibles a este.

39. Irlanda apoya un enfoque prudente a la hora de abordar la inacción de los Estados como forma de práctica de los Estados. Por lo tanto, acoge con beneplácito las dos propuestas del Comité de Redacción: por un lado, incluir la cuestión de la inacción en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 6 [7], en lugar de mantenerla en un párrafo independiente, y, por otro lado, afirmar expresamente que la práctica puede adoptar la forma de la inacción “en determinadas circunstancias”. El contexto es particularmente importante en la evaluación de la inacción como forma de práctica, y es probable que desempeñe un papel más destacado en este ámbito que en la evaluación de otras formas de práctica. Las cuestiones señaladas en el párrafo 163 del informe de la Comisión de Derecho Internacional merecen ser examinadas más a fondo.

40. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, Irlanda celebra que el Relator Especial se centre, en su segundo informe (A/CN.4/675), en los efectos jurídicos sustantivos de la aplicación provisional de los tratados en el plano internacional, y está de acuerdo con la observación central de que tanto

la práctica de los Estados como la jurisprudencia indican que la aplicación provisional de los tratados surte efectos jurídicos. Observa con interés la toma en consideración, en el contexto de la aplicación provisional, de la labor previa de la Comisión de Derecho Internacional sobre los actos unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas. Si bien el efecto de un compromiso unilateral de aplicar provisionalmente la totalidad o una parte de un tratado es un aspecto útil del tema, debe mantenerse una clara distinción entre los principios o conclusiones relativos a esos actos unilaterales y el examen de la aplicación provisional de un tratado convenida de mutuo acuerdo por las partes negociadoras. En este sentido, también podría ser útil, en relación con ciertos aspectos del tema, examinar los tratados bilaterales y multilaterales por separado. Por último, las cuestiones señaladas en los párrafos 242 y 247 del informe de la Comisión merecen ser examinadas más a fondo; un estudio sobre la práctica de los depositarios de tratados sería especialmente útil.

41. **La Sra. Benešová** (República Checa) dice, en relación con el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que su delegación apoya el enfoque en tres fases que se ha adoptado. La labor de la Comisión de Derecho Internacional debería centrarse principalmente en identificar las normas y principios del derecho ambiental internacional aplicables a los conflictos armados, sin modificar el propio derecho de los conflictos armados, y determinar si esas normas y principios pueden aclarar y complementar los principios del derecho internacional humanitario relativos a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados internacionales y no internacionales. Debe establecerse una clara distinción entre la protección del medio ambiente y la protección del patrimonio cultural, teniendo en cuenta la legislación vigente sobre protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado.

42. En cuanto al tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, la República Checa valora positivamente el enfoque equilibrado adoptado por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/672), que refleja los principios reconocidos universalmente y ofrece orientaciones concretas para la aplicación práctica, en consonancia con el objetivo principal de este tema. Se han logrado avances considerables en la fase inicial del estudio, en

particular con respecto a la formulación de los 11 proyectos de conclusiones presentados en el segundo informe del Relator Especial, así como la aprobación provisional de 8 proyectos de conclusión por el Comité de Redacción.

43. La República Checa celebra que se mantenga el enfoque basado en los dos elementos pese a que la importancia relativa otorgada a cada elemento pueda variar según las circunstancias, y espera con interés que, en una fase más avanzada de sus trabajos, la Comisión de Derecho Internacional examine la relación entre la práctica y la *opinio juris*. También está de acuerdo con la utilización de los términos ampliamente aceptados de “práctica general” y “aceptada como derecho”, basados en el Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Con respecto al elemento de la “práctica general”, el reconocimiento, en el proyecto de conclusión 8 [9] aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción, de la uniformidad como requisito inherente al concepto de generalidad es aceptable, ya que se corresponde con la definición general adoptada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Además, si bien la República Checa reconoce que las normas de *jus cogens* no forman parte del alcance del tema, acoge con beneplácito la decisión del Comité de Redacción de eliminar la mención expresa de que “no es necesario que la práctica sea universal”, dado que en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 8 [9] ya se explica que la práctica solo debe ser “suficientemente generalizada y representativa”. En lo que respecta al segundo elemento, “aceptada como derecho”, la República Checa acoge con beneplácito los proyectos de conclusión 10 y 11 propuestos por el Relator Especial y encomia la claridad y el carácter ilustrativo de las directrices sobre la identificación práctica de la *opinio juris*.

44. **La Sra. Carnal** (Suiza) dice, con respecto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que su delegación acoge con beneplácito la propuesta de la Relatora Especial de centrar su próximo informe en el derecho aplicable durante los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. En ese sentido, si bien es preciso adoptar una definición del término “conflicto armado”, esta debe basarse en la definición empleada por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Duško Tadić, alias “Dule”*, y la

jurisprudencia posterior en la que se examinan los conflictos armados entre grupos armados organizados. Suiza agradecería contar con más información sobre la manera en que podrían sintetizarse las conclusiones y recomendaciones relativas a cada fase temporal, en particular en los casos en que no hay una clara división entre las fases y, por tanto, las normas se aplicarían a más de una fase.

45. La protección general que otorga el derecho internacional humanitario a los bienes civiles tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales se aplica también al medio ambiente natural. Además, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 prevé una protección especial para el medio ambiente natural al prohibir los “daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural” durante los conflictos armados internacionales. A este respecto, Suiza se pregunta si la protección especial que se concede al medio ambiente debe aclararse o fortalecerse, ya que los términos son imprecisos. Se pregunta además si las normas generales sobre la protección de los bienes civiles garantizan adecuadamente la protección eficaz del medio ambiente natural en la práctica. Si bien ninguna norma convencional específica prevé la protección del medio ambiente durante los conflictos armados no internacionales, existen varias normas de derecho internacional consuetudinario cuyo alcance podría precisarse o desarrollarse. Por último, sería interesante aclarar la forma en que otros regímenes normativos, en particular los derechos humanos y el derecho ambiental internacional, podrían contribuir al tema.

46. **El Sr. van den Bogaard** (Países Bajos) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que su delegación se pregunta si el proyecto de conclusión 6 propuesto por el Relator Especial, relativo a la atribución de la práctica del Estado, debe basarse en las normas de atribución establecidas en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyo objetivo es claramente distinto. Si bien los actos de todos los poderes del Estado pueden contribuir a la práctica de los Estados, determinar la atribución a efectos de la responsabilidad es totalmente distinto de valorar hechos que puedan entenderse como práctica del Estado a los efectos de determinar la existencia de una norma de derecho.

47. En relación con el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, propuesto por el Relator Especial, es preciso aclarar mejor la cuestión de la confidencialidad de la correspondencia de los gobiernos, como las cartas o notas verbales confidenciales. Si bien esos documentos pueden constituir manifestaciones de la *opinio juris* de los Estados y, por lo tanto, son muy pertinentes para identificar el derecho consuetudinario, en su segundo informe (A/CN.4/672) el Relator Especial no describe en qué medida pueden ser pertinentes los documentos confidenciales, a menos que sean publicados, y cuáles son las consecuencias de las opiniones jurídicas no publicadas. Con frecuencia no hay necesidad de publicar esos documentos, que cumplen su propósito principal de transmitir una opinión por la vía diplomática de manera eficaz precisamente por ser confidenciales. Por lo general, los gobiernos no revelan correspondencia confidencial, y solo lo hacen cuando surge algún problema, cuando es necesario a efectos de un litigio o en respuesta a la labor de la Comisión de Derecho Internacional. En efecto, una gran cantidad de *opinio juris* no se publica.

48. Los Países Bajos no son partidarios de incluir la lista de manifestaciones de la práctica en el proyecto de conclusión 7, párrafo 2. A la hora de abordar las formas de la práctica, debe hacerse hincapié en las medidas concretas de los Estados. La práctica es el elemento objetivo en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. En ese sentido, los documentos en que los gobiernos expresan sus opiniones jurídicas, como las declaraciones relativas a la labor de codificación o los actos en relación con las resoluciones, no se deben considerar manifestaciones de la práctica, como ha sugerido el Relator Especial, sino quedar comprendidos en la categoría de *opinio juris*.

49. La referencia a las “sentencias de los tribunales nacionales” en el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, y a la “jurisprudencia de los tribunales nacionales” en el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, debe precisarse más. Es difícil ver cuál podría ser la contribución de la jurisprudencia a la práctica en Estados como los Países Bajos, donde el poder judicial tiene prohibido tradicionalmente basarse en el derecho internacional consuetudinario. Dichas referencias también parecen presuponer que un poder judicial nacional que no tuviera un buen conocimiento del derecho internacional podría contribuir a la *opinio juris*, independientemente del Gobierno del país en cuestión.

Tal vez el uso de esos términos sea la consecuencia de fundamentar el texto en las normas sobre atribución de responsabilidad del Estado, que, como ya se mencionó, tienen una función muy distinta.

50. En relación con el proyecto de conclusión 7, párrafo 4, los Países Bajos están de acuerdo con el Relator Especial en que no se puede pasar por alto el papel de las organizaciones internacionales en el desarrollo del derecho internacional. Si bien la práctica de las organizaciones internacionales es evidente, debe abordarse la cuestión de cómo determinar la *opinio juris* de las organizaciones internacionales. También se debe examinar en qué medida el mandato de una organización internacional afecta a la posibilidad de que esta tenga una *opinio juris* que sea pertinente para la creación de derecho internacional consuetudinario. Si bien el alcance de las facultades de celebración de tratados de una organización internacional suele determinarse en su documento fundacional, no está clara la relación que existe entre esas facultades y la *opinio juris*.

51. Los Países Bajos están de acuerdo, en general, con la idea que figura en el proyecto de conclusión 9, párrafo 4, de que la práctica de los “Estados especialmente afectados” es importante a la hora de evaluar la práctica, pero considera que el análisis al respecto del Relator Especial en su informe (A/CN.4/672, párr. 54) es demasiado breve. No está claro si los “Estados especialmente afectados” son lo mismo que los “Estados interesados” mencionados en relación con la *opinio juris* en el párrafo 64 del informe. Los Países Bajos también acogerían con beneplácito un examen más a fondo de otros aspectos de la definición de los “Estados especialmente afectados”, en particular determinar si se trata de los Estados en los que recae una mayor carga como consecuencia de una nueva norma y determinar en qué medida afectarán los cambios tecnológicos a la elaboración de normas y la forma en que se aplican a los distintos Estados. Por ejemplo, cuando el derecho evoluciona como consecuencia de las nuevas tecnologías de armamentos, los Estados que poseen tecnologías modernas de armas, al igual que los que no las poseen, parecen tener un interés específico en cómo evolucione el derecho en ese ámbito.

52. En cuanto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, es importante definir el alcance del estudio cuando el proyecto se halla aún en sus etapas iniciales, a fin de

no incluir cuestiones que no harían más que complicar la labor de la Comisión de Derecho Internacional. En consecuencia, los Países Bajos acogen con beneplácito el enfoque prudente adoptado por la Relatora Especial, en particular la posibilidad de emplear una cláusula “sin perjuicio de”. Habida cuenta de que el objetivo general del estudio es aclarar las normas y principios del derecho ambiental internacional en relación con los conflictos armados, los Países Bajos están de acuerdo con la Relatora Especial en que no se debe modificar el derecho de los conflictos armados vigente. No es necesario incluir en el texto definitivo las definiciones de trabajo propuestas por la Relatora Especial para delimitar el tema objeto del estudio. El término “conflicto armado” está definido en el derecho internacional humanitario y no debe ser redefinido por la Comisión de Derecho Internacional.

53. En relación con el tema de la aplicación provisional de los tratados, los Países Bajos apoyan la decisión adoptada por el Relator Especial de concentrar su análisis en los efectos jurídicos que se producen a nivel internacional. Sería conveniente que se aclarara mejor la distinción entre el régimen jurídico que rige la entrada en vigor de un tratado y el régimen que regula la aplicación provisional de un tratado, habida cuenta de las distintas situaciones que pueden presentarse, incluida la situación en que el régimen del tratado establece un marco institucional o una secretaría que solo puede ser plenamente eficaz una vez que el tratado ha entrado en vigor. Los Países Bajos no están convencidos de que el derecho relativo a las declaraciones unilaterales de los Estados sea pertinente para el tema y deba incluirse en el estudio. El artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados debe ser el principal punto de referencia.

54. Los Países Bajos tampoco están convencidos de que exista fundamento en que basar la conclusión a la que llega el Relator Especial en el párrafo 81 de su segundo informe (A/CN.4/675), a saber, que un “Estado que ha decidido terminar la aplicación provisional del tratado en modo alguno está supeditado a tener que justificar frente a los demás Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente, o frente a los demás Estados negociadores o signatarios, si tal decisión obedece a otros motivos”. Tampoco creen que haya ningún fundamento para la conclusión que figura en el párrafo 82, según la cual no puede haber una “revocación arbitraria de la aplicación provisional”.

55. A fin de extraer conclusiones más definitivas sobre el tema, entre ellas la posición que ocupa en el derecho internacional consuetudinario, los Países Bajos reiteran su solicitud de que la Comisión de Derecho Internacional analice detenidamente la práctica de los Estados a la luz del artículo 25 de la Convención de Viena. Por último, los Países Bajos apoyan la propuesta del Relator Especial de estudiar la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales, en particular los tratados celebrados por la Unión Europea y sus Estados miembros con terceros Estados.

56. **El Sr. Czaplinski** (Polonia) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que su delegación otorga gran importancia a este debate, ya que a menudo se subestiman las cuestiones relativas al derecho consuetudinario o se abusa de ellas. En términos generales, apoya el método adoptado por el Relator Especial y el Comité de Redacción, si bien los posibles resultados siguen siendo difíciles de evaluar. Aunque la Comisión de Derecho Internacional ha adoptado el enfoque tradicional basado en los dos elementos, las novedades recientes en la esfera del derecho consuetudinario, tanto en lo que respecta a los métodos como al contenido, deberían incorporarse en el instrumento definitivo elaborado por la Comisión.

57. La concepción de la Comisión de Derecho Internacional sobre el alcance de la práctica y la *opinio juris* es demasiado restringida. Es obvio que los Estados son los sujetos principales del derecho internacional y que su práctica es la que reviste más importancia, pero el examen de la práctica de los sujetos secundarios del derecho internacional no debe limitarse a la de las organizaciones internacionales. Polonia no puede aprobar un enfoque que limita la influencia de los agentes no estatales en la creación y aplicación del derecho consuetudinario a lo que es aceptado por los Estados. La Comisión debería investigar en qué medida los agentes no estatales están obligados por el derecho consuetudinario general. Este enfoque entrañaría problemas inevitables, en particular en lo que respecta a la teoría de la personalidad jurídica internacional, pero esos problemas no deben evitarse reduciendo simplemente el alcance de la investigación sobre el tema.

58. La Comisión de Derecho Internacional parece tener dificultades para establecer una distinción entre las prácticas pertinentes y las manifestaciones de la

*opinio juris*, ya que los elementos que se tienen en cuenta en cada caso son prácticamente los mismos. En ese sentido, Polonia cree que todas las manifestaciones de la práctica que figuran en el proyecto de conclusión 7, párrafo 2, propuesto por el Relator Especial, así como las formas de prueba de la *opinio juris* que figuran en el proyecto de conclusión 11, párrafo 2, deben ser consideradas como práctica durante la etapa de formación de una norma consuetudinaria y como manifestación de una *opinio juris* en la etapa de aplicación de una norma ya consolidada.

59. No se debe otorgar la misma importancia a todos los elementos de la práctica de los distintos organismos del Estado. Las declaraciones y actividades de órganos constitucionalmente facultados para representar al Estado en las relaciones internacionales son más importantes que las de otros organismos. Del mismo modo, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y los órganos judiciales supremos es más importante que las decisiones de los tribunales inferiores, ya que los jueces de las instancias inferiores están menos familiarizados con la aplicación del derecho internacional en general, y el derecho consuetudinario en particular. Si se considera que todos los actos de los órganos del Estado contribuyen a la formación del derecho consuetudinario, no es importante si un órgano concreto actúa dentro de su competencia o *ultra vires*. Todos los actos de un Estado en su conjunto deben considerarse práctica de ese Estado, y el propio Estado no puede actuar *ultra vires*. Como confirmó la Corte Internacional de Justicia en las causas *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)* y *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, las posibles violaciones del derecho interno no son pertinentes desde el punto de vista del derecho internacional. Polonia celebraría contar con orientaciones sobre las situaciones en que las declaraciones oficiales entren en conflicto con las acciones del Estado, incluida la posible influencia de esos conflictos en la identificación de las normas consuetudinarias.

60. Polonia agradecería que se aclarara la relación entre la costumbre y otras fuentes del derecho internacional. En su opinión, el derecho consuetudinario puede solaparse con una práctica ulterior en lo relativo a la modificación de un tratado, más que a su interpretación. La Comisión de Derecho Internacional también debería examinar si la relación entre los tratados y la costumbre definida por la Corte

Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del mar del Norte* se corresponde con la evolución del derecho internacional. La relación entre las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho internacional también es un tema interesante que podría examinarse más a fondo. Por último, la Comisión debería analizar las situaciones en que dos tipos distintos de fuentes tengan el mismo contenido normativo vinculante. Es preciso prestar especial atención a la identificación de una costumbre creada al amparo de un tratado, a fin de evitar recurrir en exceso al artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)* podría ser un punto de partida en ese sentido.

61. En cuanto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, Polonia proporcionará material por escrito sobre la política del Estado a ese respecto.

62. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, es cierto que la aplicación provisional es un instrumento que otorga a los Estados cierta flexibilidad para configurar sus relaciones jurídicas y acelera la aceptación de las obligaciones internacionales. La aplicación provisional puede ser particularmente útil en los casos en que procedimientos de ratificación muy largos puedan posponer o eliminar por completo los posibles beneficios de celebrar un tratado. Polonia comparte la conclusión de la Comisión de Derecho Internacional de que la aplicación provisional del tratado debe tener el mismo efecto que su entrada en vigor, a menos que se convenga otra cosa; la práctica de Polonia en materia de tratados respalda claramente esa opinión. Polonia carece de una ley nacional específica sobre la aplicación provisional de los tratados; la práctica del país se basa en el artículo 25 de la Convención de Viena y en las normas de derecho interno relativas a la celebración de los tratados. En el sistema constitucional de Polonia se considera preferible aplicar provisionalmente un tratado solo después de que hayan concluido los procedimientos internos necesarios para su ratificación.

63. El Relator Especial ha señalado con acierto que el análisis de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados debe examinarse a la luz de la práctica de los Estados, que se basa en el derecho

interno. Polonia comparte la opinión expresada por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional en el sentido de que el Relator Especial debería realizar un análisis comparativo de las disposiciones nacionales relativas a la aplicación provisional de los tratados. También se debería examinar la práctica de los Estados que son miembros de organizaciones de integración regional que, con independencia de sus miembros, pueden celebrar tratados vinculantes para sus Estados miembros. La Comisión debería tener en cuenta las situaciones en que un tratado es aplicado provisionalmente por esas organizaciones, o por la totalidad o algunos de sus Estados miembros.

64. La práctica consistente en formular declaraciones unilaterales para definir el alcance de la aplicación provisional de un tratado merecen un examen más a fondo. Esas declaraciones pueden desempeñar un papel importante a fin de acelerar la aplicación de un tratado. Varias hipótesis son posibles en los casos en que un tratado establezca que puede aplicarse provisionalmente desde la fecha de su firma. En primer lugar, un signatario puede aplicar provisionalmente el tratado sin reservas adicionales. En segundo lugar, un signatario puede declarar, sobre la base de su derecho interno, que aplica provisionalmente el tratado con limitaciones en el tiempo o en su alcance; por ejemplo, un signatario podría aplazar la aplicación provisional hasta que terminara de tramitar sus procedimientos constitucionales para celebrar el tratado. En tercer lugar, un signatario puede indicar que aplicará provisionalmente solo algunas de las disposiciones del tratado. A juicio de Polonia, esas declaraciones son, en general, admisibles y pueden entrañar una serie de consecuencias para los derechos y obligaciones recíprocos de las partes contratantes.

65. **El Sr. Tang** (Singapur) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que, por lo que respecta al proyecto de conclusión 7, párrafo 4, propuesto por el Relator Especial, su delegación comparte la observación de que es necesario actuar con suma cautela al valorar la pertinencia de los actos, incluida la inacción, de las organizaciones internacionales. Hay grandes variaciones en la estructura, el mandato, la composición de los órganos de decisión y los procedimientos de adopción de decisiones de esas organizaciones, factores todos ellos que inciden en el papel que esas organizaciones desempeñan, en su caso,

en la formación del derecho internacional consuetudinario.

66. El tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados se encuentra en una fase temprana de estudio y su alcance y metodología necesitan ajustes. El enfoque temporal basado en tres fases adoptado por la Relatora Especial como delimitación conceptual del tema antes, durante y después de un conflicto será útil no solo a los efectos del estudio y el debate, sino también de la redacción del documento final. Singapur está de acuerdo con la Relatora Especial en que no debe haber una línea divisoria estricta entre las distintas fases, y destaca que debe prestarse la debida atención al modo en que las normas relativas a las diferentes fases se superponen. También está de acuerdo en que el estudio no debe entrar en consideraciones sobre los posibles efectos en el medio ambiente de determinadas armas específicas.

67. Las normas y los principios aplicables en tiempo de paz a un posible conflicto armado que se identifican en el informe preliminar (A/CN.4/674 y Corr.1) incluyen algunos conceptos que no tienen la condición de principios universalmente aceptados. La Comisión de Derecho Internacional debería seguir examinando la evolución y el grado de aceptación de esos conceptos, lo que a su vez afectaría a la cuestión de su aplicabilidad. Un resultado idóneo de la labor sobre este tema podría ser un proyecto de directrices no vinculantes.

68. En relación con el tema de la aplicación provisional de los tratados, Singapur está de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional en que la aplicación provisional de un tratado puede dar lugar a las mismas obligaciones jurídicas que si el tratado estuviese en vigor. Singapur aguarda con interés el estudio de la Comisión sobre si la aplicación provisional puede o no dar lugar a una modificación del contenido del tratado. En su opinión, este tema puede solaparse con el de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, y confía en que la Comisión vele por la coherencia de su labor a este respecto. Las modalidades para la terminación de la aplicación provisional y la aplicabilidad del régimen de las reservas a los tratados también son temas importantes para un examen más a fondo.

69. Singapur ha venido siguiendo de cerca el tema de la cláusula de la nación más favorecida a lo largo de

los años, ya que el país ha concertado un número considerable de tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio que contienen esa cláusula. También hay muchísimos casos contenciosos sobre cláusulas de la nación más favorecida, en particular en el contexto de las controversias entre inversionistas y Estados, que merecen un estudio en profundidad. Singapur agradece las actualizaciones introducidas en el proyecto de informe final del Grupo de Estudio para tener en cuenta las novedades recientes y celebra la intención de este de seguir examinando los casos más recientes, así como la sugerencia de preparar un documento final que tenga utilidad práctica para los profesionales y los responsables de las políticas. Singapur aguarda con interés en particular el análisis final en la parte III del proyecto de informe, relativo a la pertinencia actual del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones relativas al trato de la nación más favorecida.

70. **El Sr. Campbell** (Australia) dice, en relación con el tema de la aplicación provisional de los tratados, que su delegación comparte la opinión del Relator Especial de que la tarea de la Comisión de Derecho Internacional no consiste en alentar ni desalentar la aplicación provisional de los tratados, sino más bien en proporcionar orientaciones para comprender mejor ese mecanismo. En este sentido, celebra el análisis sustantivo del Relator Especial sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional.

71. Australia también ha tomado nota de las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión de Derecho Internacional sobre la utilidad de un estudio comparativo de las disposiciones nacionales relativas a la aplicación provisional de los tratados. Corresponde a cada Estado decidir si aplica provisionalmente un tratado, a la luz de la finalidad, el alcance y el contenido del tratado en cuestión y sobre la base de consideraciones jurídicas y políticas nacionales. Australia, por ejemplo, ha adoptado un enfoque dualista respecto de la aplicación de los tratados, en virtud del cual los tratados no surten efectos en el derecho interno hasta que se incorporen formalmente por medio de legislación. En consecuencia, la práctica general de Australia es no aplicar provisionalmente los tratados, aunque hay algunas excepciones, como los acuerdos bilaterales sobre servicios aéreos. Para cada Estado, el derecho interno, incluido el derecho constitucional, es esencial para la aplicación provisional de los tratados.

72. Por lo que respecta a la cuestión de si la decisión de aplicar provisionalmente un tratado puede caracterizarse de acto unilateral, Australia comparte la opinión de que la fuente de la obligación sigue siendo el propio tratado, y no la declaración de aplicación provisional. Australia agradece la labor del Relator Especial sobre este tema, incluido el examen de la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales y las distintas consecuencias que se derivan de la aplicación provisional de los tratados bilaterales, a diferencia de los tratados multilaterales.

73. En cuanto al tema de la cláusula de la nación más favorecida, Australia comparte la conclusión del Grupo de Estudio sobre la importancia y la pertinencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión, incluidas las cláusulas de la nación más favorecida. Apoya la atención prestada por el Grupo de Estudio al análisis y la contextualización de la jurisprudencia, a la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional y a la práctica contemporánea sobre las cláusulas de la nación más favorecida. Australia también apoya el objetivo del Grupo de Estudio de que el documento final tenga utilidad práctica para los responsables de las políticas y los interesados en el ámbito de las inversiones.

74. *El Sr. Gharibi (República Islámica del Irán), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.*

75. **El Sr. Hanami** (Japón) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que su delegación está de acuerdo en que el resultado final de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional debe ser un instrumento práctico que sea de particular utilidad para los profesionales que no son especialistas en derecho internacional. También apoya, en términos generales, el enfoque básico basado en los dos elementos para identificar las normas de derecho internacional consuetudinario. Si bien algunos miembros de la Comisión han señalado que parece haber diferentes enfoques respecto de la identificación en distintas esferas del derecho internacional, el Japón duda de que esos otros métodos puedan aplicarse. En cuanto a la cuestión de si puede considerarse que los actos de entidades distintas de los Estados contribuyen a “una práctica general”, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, la Comisión debería adoptar un

enfoque prudente. Es de esperar que el debate sobre esa cuestión continúe en el próximo período de sesiones, y que cualquier conclusión al respecto se base en la práctica existente.

76. El Japón comparte la opinión de que la aceptación de una práctica como jurídicamente obligatoria no puede probarse mediante una mera referencia a la prueba de la propia práctica, y espera que la Comisión de Derecho Internacional se ocupe de esta cuestión a fin de proponer orientaciones más claras. A este respecto, el Japón es partidario de emplear la expresión “*opinio juris*” en lugar de “aceptada como derecho”.

77. En cuanto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, el Japón observa que el enfoque basado en tres fases ha obtenido cierto apoyo. Algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional sostuvieron que esta no debía centrar su labor en la fase II, puesto que el derecho de los conflictos armados era *lex specialis* y contenía suficientes normas relativas a la protección del medio ambiente. En efecto, varios instrumentos de derecho internacional humanitario, como la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, contienen normas específicas sobre la protección del medio ambiente en los conflictos armados. Sin embargo, otros miembros sostuvieron acertadamente que el tema aprobado tenía por objeto las normas relativas a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, y no el derecho ambiental internacional general aplicable en tiempo de paz. La relación entre el derecho ambiental internacional y el derecho humanitario durante el período de conflicto armado, a saber, la fase II, debe ser uno de los principales puntos de discusión.

78. **El Sr. Ney** (Alemania) dice que su delegación apoya plenamente el enfoque basado en los dos elementos aplicado a la identificación del derecho internacional consuetudinario y se congratula de que, en los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, se haya introducido el término *opinio juris* en los proyectos conclusión 2 [3] (Dos elementos constitutivos) y 3 [4] (Valoración de la prueba de los dos elementos). Dicho término refleja mejor la necesidad de una convicción positiva por parte del Estado. Esa orientación es útil para los profesionales del derecho que no estén muy familiarizados con el derecho internacional público.

79. El proyecto de conclusión 4 [5] (Requisito de la práctica) confirma que los Estados son los sujetos principales de derecho internacional. Aunque otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales y el Comité Internacional de la Cruz Roja, pueden desempeñar un papel en el establecimiento de la práctica y la manifestación de la *opinio juris*, los Estados son la fuente más importante a esos efectos.

80. Para que se pueda tener en cuenta la práctica de los Estados, esta debe ser inequívoca y uniforme. Sin embargo, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 [8] (Evaluación de la práctica de un Estado) establece que, cuando la práctica de un determinado Estado no sea unánime, se podrá dar menos peso a esa práctica. Esa formulación puede dar lugar a que se dé menos peso a la práctica de las sociedades abiertas y plurales, en las que la independencia del poder judicial y el equilibrio entre el Gobierno y el Parlamento pueden dar lugar a que se expresen distintas opiniones. La práctica y la *opinio juris* de esos Estados no deberían tener menos influencia, ya que ello daría una ventaja a los Estados organizados de manera autocrática.

81. Alemania apoya ampliamente las conclusiones del segundo informe del Relator Especial sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/675). Los Estados que aceptan aplicar provisionalmente un tratado lo hacen con la expectativa de que se ponga en práctica y que los Estados negociadores cumplan sus términos. Como señaló el Relator Especial, los requisitos y las consecuencias en el plano interno de la aplicación provisional de los tratados son una cuestión de derecho interno. No es necesario que la Comisión de Derecho Internacional realice un estudio comparativo de las legislaciones nacionales a ese respecto; corresponde a cada Estado velar por que se apliquen sus disposiciones constitucionales. No obstante, si el derecho interno no permite la aplicación provisional de una parte o de la totalidad de un determinado tratado, la obligación internacional no puede cumplirse. Antes de comprometerse a aplicar provisionalmente un tratado, los Estados negociadores deben examinar atentamente si su ordenamiento jurídico interno permite la aplicación provisional; si les permite cumplir el tratado como obligación vinculante; y si están determinados a cumplirlo. En algunos casos, la aplicación provisional podría no ser una opción. Las cláusulas de los tratados que prevean la aplicación provisional deben redactarse cuidadosamente, a fin de

permitir que se cumplan los procedimientos internos o limitar la aplicación provisional a ciertas partes del tratado. En el caso de los tratados multilaterales, podría ser necesario establecer cláusulas de exclusión como salvaguardia para los Estados cuyo derecho interno les impida aceptar fácilmente la aplicación provisional.

82. La intención de un Estado de aplicar provisionalmente un tratado debe expresarse de manera clara. Es dudoso que esa intención pueda manifestarse de manera tácita, como sugiere el Relator Especial. En el párrafo 47 de su primer informe (A/CN.4/664), el Relator Especial citó, en apoyo de esa opinión, el artículo 7, párrafo 1 a), del Acuerdo de 1994 relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece que, si el Acuerdo no ha entrado en vigor en una determinada fecha, se aplicará provisionalmente a todos los Estados que hayan consentido en su adopción en la Asamblea General. Sin embargo, esa disposición contiene una cláusula de exclusión. De ello se desprende que la obligación del Estado de aplicar provisionalmente el Acuerdo se deriva de su participación en la adopción de este, y no de su silencio en una fecha posterior. Por tanto, ese mecanismo es similar a una cláusula que establece la aplicación provisional de un tratado desde el momento de su adopción, y es distinto de la idea del consentimiento tácito o implícito.

83. **La Sra. Badea** (Rumania) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que se debe felicitar al Relator Especial por centrarse en la metodología y no en el contenido de las normas del derecho internacional consuetudinario. La identificación del derecho internacional consuetudinario tiene gran importancia práctica; por lo tanto, los proyectos de conclusión, en su forma definitiva, y los comentarios correspondientes deben ofrecer sólidas orientaciones para evaluar la existencia y el contenido de las normas de ese derecho, manteniendo al mismo tiempo cierto grado de flexibilidad que refleje la flexibilidad del propio derecho internacional consuetudinario. El enfoque basado en los dos elementos es coherente con la práctica de los Estados, las decisiones de los tribunales internacionales, en particular la Corte Internacional de Justicia, y la opinión mayoritaria de los académicos. En la continuación de los trabajos sobre este tema se deberían tener en cuenta las diferencias en la

aplicación del enfoque basado en los dos elementos en las distintas esferas.

84. Por lo que respecta al proyecto de conclusión 7, párrafo 3, propuesto por el Relator Especial, Rumania comparte la opinión de que la inacción puede considerarse una práctica constitutiva de derecho internacional consuetudinario, pero solo cuando el Estado sea consciente de que existe un deber de no actuar, como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa del *S.S. "Lotus"*.

85. Rumania acoge con beneplácito la referencia a las organizaciones internacionales que figura en los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Debe otorgarse particular importancia a la práctica de las organizaciones de integración regional, como la Unión Europea, a la que los Estados han transferido competencias en ciertas esferas. También es pertinente la práctica de las organizaciones internacionales en ámbitos como los de su responsabilidad, sus funciones como depositarias y los privilegios e inmunidades. Es más adecuado emplear el término "práctica general", ya que abarca la práctica tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales. Rumania acoge con beneplácito la propuesta del Relator Especial de examinar más a fondo, en su tercer informe, el papel de las organizaciones internacionales, incluidas sus resoluciones, y la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados. También comparte la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 45 de su informe (A/CN.4/672) sobre la práctica de los agentes no estatales. Apoya además la sugerencia de que se complemente la expresión "aceptada como derecho" con el término "*opinio juris*". Debería haber mayor coherencia en la redacción de los proyectos de conclusión sobre ambos elementos.

86. El objetivo del tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados debería consistir en aclarar las normas y los principios del derecho ambiental internacional aplicables en relación con los conflictos armados. Rumania está de acuerdo en que no hay una necesidad urgente de ocuparse de cuestiones relativas al uso de los términos, como el de "medio ambiente", y agradecería que se llevara a cabo un examen más a fondo de la práctica de los Estados y la práctica de las organizaciones internacionales. A este respecto, podría ser especialmente pertinente la práctica del Comité Encargado de Administrar el Mecanismo para

Promover la Aplicación y el Cumplimiento del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

87. Rumania aguarda con interés el análisis de la Relatora Especial sobre las evaluaciones de impacto ambiental en el contexto de los conflictos armados. Aunque la Corte Internacional de Justicia consideró que esas evaluaciones venían impuestas por el derecho internacional general en relación con las actividades industriales realizadas en un contexto transfronterizo, el contenido de esas evaluaciones no está definido en el derecho internacional general. Rumania reitera su posición de que no es necesario ocuparse de manera separada de los efectos en el medio ambiente de determinadas armas específicas, y comparte la opinión de la Relatora Especial a ese respecto. En caso de que sea necesario abordar la cuestión de la protección del patrimonio cultural, es necesario adoptar un enfoque prudente para evitar ampliar de manera innecesaria el alcance del tema o revisar normas internacionales ya existentes sobre la protección del patrimonio cultural, dado que ya se ha acordado que el proyecto empleará las definiciones ya establecidas en el derecho internacional.

88. Por lo que respecta al tema de la aplicación provisional de los tratados, la legislación rumana establece específicamente que solo los tratados que pueden entrar en vigor sin ser ratificados por el Parlamento pueden aplicarse provisionalmente desde la fecha de su firma, si el tratado lo permite expresamente. Los tratados para los cuales es obligatoria la ratificación del Parlamento no pueden aplicarse provisionalmente. Sin embargo, existe una excepción para los tratados entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y terceros Estados, por otra (los denominados "tratados mixtos"), que pueden aplicarse provisionalmente antes de su entrada en vigor si el tratado así lo prevé expresamente. Rumania considera que la aplicación provisional de los tratados tiene carácter excepcional y limitado, fundamentalmente por motivos relacionados con la seguridad jurídica. Un estudio comparativo de las distintas disposiciones internas relativas a la aplicación provisional de los tratados ayudaría a entender la práctica de los Estados en este ámbito.

89. Rumania subraya la importancia que tiene la voluntad de las partes negociadoras de un tratado en relación con la aplicación provisional, y expresa sus

reservas sobre la pertinencia en este ámbito del derecho relativo a los actos unilaterales. Si bien puede haber casos en que un tratado sea aplicado provisionalmente por un solo Estado, ello no modifica la naturaleza consensual de la aplicación provisional. Por tanto, el Relator Especial debería hacer hincapié en la distinción entre la aplicación provisional como resultado del acuerdo entre las partes negociadoras, que es el objeto en sí de este tema, y la aplicación provisional como acto unilateral, como en el caso de la aplicación provisional por la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, que queda fuera del alcance del proyecto. Además, Rumania considera que las normas aplicables a las obligaciones que resultan de la aplicación provisional pueden deducirse del principio de buena fe y de la necesidad de seguridad jurídica, más que del derecho relativo a los actos unilaterales. Debe trazarse una distinción entre dos categorías de obligaciones relativas a la aplicación provisional: la obligación de aplicar el tratado provisionalmente, como en el caso de los tratados que establecen la aplicación provisional obligatoria, y los derechos y obligaciones derivados de la aplicación provisional en sí.

90. También se debe prestar más atención a las distintas cuestiones que rodean la terminación de la aplicación provisional, incluidas las consecuencias jurídicas de la terminación de las obligaciones. A ese respecto, sería útil examinar la pertinencia del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para la terminación de la aplicación provisional; en concreto, podría ayudar a responder a la pregunta de en qué medida subsiste la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado en caso de terminación de la aplicación provisional, en particular si esa medida se toma a raíz de la intención de no ratificar el tratado. Rumania también agradecería que la Comisión de Derecho Internacional ofreciera más orientaciones sobre los distintos efectos de la terminación de la aplicación provisional que puedan producirse cuando la intención sea continuar con el procedimiento interno previsto para la entrada en vigor de un tratado; cuando la intención sea no ratificar el tratado; y cuando el tratado se haya ratificado pero no haya entrado en vigor, en especial en los casos en que se hayan activado los mecanismos institucionales durante la aplicación provisional. En este último caso, podría ser útil considerar la práctica de la Unión

Europea. Habida cuenta de todas las hipótesis posibles, sería muy útil analizar más exhaustivamente si el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena tiene carácter consuetudinario o no, en particular para los Estados, como Rumania, que no son partes en la Convención de Viena pero la aplican como derecho internacional consuetudinario.

91. Rumania también agradecería que se examinara más a fondo el carácter no arbitrario de la terminación de la aplicación provisional. Por motivos de seguridad jurídica y previsibilidad, la parte que ponga fin a la aplicación provisional debería cuando menos expresar sus intenciones en cuanto a la ratificación del tratado. Rumania apoya la propuesta de que se examine la cuestión de la aplicación provisional de los tratados por las organizaciones internacionales. En ese sentido, es especialmente pertinente la práctica de la Unión Europea y sus efectos en el derecho y la práctica de sus Estados miembros. También convendría realizar un examen de los efectos de la aplicación provisional en otros actos relacionados con los tratados, como la modificación del tratado o la ratificación antes de la entrada en vigor.

92. El tema de la cláusula de la nación más favorecida tiene importancia práctica para los responsables de las políticas y los interesados en el ámbito de las inversiones; la labor del Grupo de Estudio aportará mayor claridad a cuestiones muy debatidas del derecho en materia de inversiones. En efecto, los debates del Grupo de Estudio y la buena estructura de su proyecto de informe final indican que en el próximo período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional se presentará un sólido informe revisado. A este respecto, se deberían tener en cuenta todas las novedades importantes registradas desde la aprobación del proyecto de artículos de 1978 sobre las cláusulas de la nación más favorecida y la necesidad de analizarlas y encuadrarlas en el marco normativo más amplio del derecho internacional general, evitando así una mayor fragmentación del derecho internacional.

93. **El Sr. Stemmet** (Sudáfrica) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que su delegación apoya el enfoque basado en los dos elementos y está de acuerdo en que es preferible que el primer elemento se denomine “práctica general” en lugar de “práctica de los Estados”. También coincide con el Relator Especial en que la redacción del Artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia puede ser pertinente

en relación con la práctica de las organizaciones internacionales, dado que la práctica de los Estados abarca los actos que estos realizan en el marco o a través de organizaciones internacionales. Sin embargo, es preciso hacer un análisis más detallado de la práctica de las organizaciones internacionales, y sería útil que dicho análisis se incluyera en el tercer informe del Relator Especial.

94. El segundo elemento, “aceptada como derecho”, se ha usado generalmente de manera teórica, y Sudáfrica desearía que, con el tiempo, se realizara un desarrollo práctico del concepto. Es preferible emplear el término *opinio juris*, ya que su uso es más habitual en la jurisprudencia y en la doctrina jurídica. No obstante, Sudáfrica no está de acuerdo en que la existencia de una práctica general deba preceder su aceptación como derecho; lo que importa es que ambos elementos estén presentes, más que su orden temporal.

95. Es importante que la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema se plasme en una guía que sirva de ayuda a los profesionales del derecho. Entre los principales materiales de orientación a este respecto figuran las decisiones de los tribunales internacionales. También es necesario mantener contacto con los gobiernos y examinar la jurisprudencia de los tribunales internacionales, regionales y subregionales. La Constitución de Sudáfrica establece muy claramente que el derecho internacional consuetudinario forma parte automáticamente del ordenamiento jurídico interno, a menos que sea contrario a la Constitución o a una ley del Parlamento. Sudáfrica apoya la decisión de excluir del tema el estudio del *jus cogens*, ya que se trata de un tema que merece ser examinado de manera separada.

96. En cuanto al tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, la Relatora Especial propuso que los trabajos se dividieran en tres fases, a saber: las normas y los principios pertinentes aplicables a un posible conflicto armado (obligaciones en tiempo de paz), las medidas durante un conflicto armado y las medidas después de un conflicto armado. Este enfoque fragmentado tiene sus ventajas, pero queda por ver si es más útil que un enfoque más amplio centrado en todas las normas aplicables. En cualquier caso, el objetivo último debería ser asegurar la protección del medio ambiente antes, durante y después de un conflicto. En relación con la fase I del tema (posible conflicto armado), Sudáfrica considera que también pueden ser

pertinentes normas que no forman parte del derecho ambiental. A su vez, la protección del medio ambiente podría estar relacionada con posibles fuentes de conflicto, ya que muchos conflictos están causados por la necesidad de acceder a recursos naturales o de explotarlos. Asimismo, la fase II del tema (medidas durante un conflicto armado) debería ir más allá de los principios ambientales e incluir el derecho de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. Es aún demasiado pronto para decidir si el resultado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional debe tener carácter normativo o ser un instrumento sin fuerza obligatoria.

97. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, que un Estado concreto pueda aplicar tratados provisionalmente es una cuestión de derecho interno, no de derecho internacional. Por tanto, la eficacia de un régimen convencional durante la fase provisional puede depender de los ordenamientos jurídicos de los Estados negociadores. Convendría abordar las siguientes cuestiones: ¿puede un tratado que se aplique provisionalmente producir efectos jurídicos en el derecho interno?; ¿en qué momento cabe basarse en ese tratado para incoar acciones ante un tribunal interno?; ¿prevalece un tratado que se aplique provisionalmente sobre un tratado preexistente ya incorporado al derecho interno?; y ¿qué consecuencias internacionales se producirían si un tribunal interno no aplica las disposiciones de un tratado que se aplique provisionalmente?

98. El Relator Especial también podría examinar el ejemplo de Sudáfrica, cuya Constitución de 1996 otorga una posición preeminente al derecho internacional. Según la Constitución, el poder ejecutivo puede acordar la aplicación provisional de un tratado sin previa aprobación parlamentaria, siempre que el tratado que vaya a aplicarse provisionalmente sea de naturaleza técnica, administrativa o ejecutiva; que el acuerdo sobre su aplicación provisional sea en sí mismo de naturaleza técnica, administrativa o ejecutiva; y que el acuerdo sobre la aplicación provisional no requiera ratificación ni adhesión. El acuerdo debe someterse entonces al Parlamento dentro de un plazo razonable. El acuerdo para aplicar un tratado provisionalmente puede adoptar la forma de una disposición del propio tratado, un acuerdo separado, una resolución de una conferencia o una notificación o declaración de aplicación provisional.

99. El poder ejecutivo puede negarse a ratificar un tratado aprobado por el Parlamento si las otras partes negociadoras aplazan la ratificación del tratado o se niegan a ratificarlo, si el tratado en su conjunto ha quedado obsoleto, o si es necesario renegociar algunos términos. Si el Gobierno decide no ratificar un tratado que se esté aplicando provisionalmente, puede elegir poner fin a su aplicación provisional, siempre que el acuerdo sobre la aplicación provisional no lo prohíba. La Constitución establece que, al interpretar la legislación, los tribunales deben optar por una interpretación razonable que sea conforme con el derecho internacional frente a cualquier otra interpretación que no lo sea. Se considera que, en ese contexto, el derecho internacional incluye los tratados aplicados provisionalmente, además de los que ya hayan entrado en vigor.

100. **El Sr. Martín y Pérez de Nanclares** (España) dice que la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario auspicia un resultado altamente positivo, si bien el calendario propuesto podría resultar excesivamente ambicioso. El resultado final debe ser esencialmente de carácter práctico, y las conclusiones y sus comentarios han de ofrecer asistencia a los profesionales en la interpretación y aplicación del derecho internacional, teniendo en cuenta que muchos de ellos no son especialistas en la materia. España comparte plenamente el enfoque de dos elementos y está de acuerdo en que el objetivo no ha de ser identificar las normas sustantivas de derecho internacional consuetudinario, sino el enfoque para identificar tales normas. También está de acuerdo con la propuesta de que cuestiones como las del objetor persistente, la costumbre regional, local y bilateral, la carga de la prueba o la relación entre el derecho consuetudinario y los principios generales sean estudiadas en futuros informes.

101. En el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672), el uso del término “metodología” en el proyecto de conclusión 1 (Alcance) puede introducir cierta confusión. Sin embargo, las alternativas también son problemáticas. El término “métodos” parece demasiado limitado; el término “reglas” reabriría un debate sobre la naturaleza de estas; y los términos “elementos” y “factores” no son suficientemente precisos. En el proyecto de conclusión 2 (Términos empleados), no es necesario incluir una definición del

término “derecho internacional consuetudinario”; introducir la definición de ese término, que es objeto del proyecto de conclusiones en su conjunto, solo crea confusión. De la misma manera, es innecesario introducir una definición de “organización internacional”, puesto que el término se utiliza en el mismo sentido que en cualquier manual de derecho internacional al uso o en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Bastaría con hacer referencia a ambos términos en el comentario.

102. En el proyecto de conclusión 3 (Enfoque básico), sería conveniente mantener el término clásico de *opinio juris*; la expresión “práctica general aceptada como derecho” crea problemas innecesarios y no añade ninguna ventaja. Convendría profundizar en los aspectos temporales de los dos elementos y, sobre todo, en la relación entre ellos. En el proyecto de conclusión 4 (Valoración de la prueba), la expresión “las circunstancias que rodean el caso” no añade nada, dado que ya se hace referencia expresa a que debe tenerse en cuenta el contexto. Además, desde la perspectiva de su utilidad práctica, la expresión adolece de una formulación general y vaga. Por lo que respecta al proyecto de conclusión 5 (Función de la práctica), si bien nadie duda de que el papel de los Estados es crucial en la formación del derecho internacional consuetudinario, ciertas organizaciones internacionales han alcanzado un alto grado de desarrollo interno y un papel protagonista en las relaciones internacionales. En particular, la Unión Europea tiene personalidad jurídica propia y una amplia capacidad para celebrar tratados internacionales. En determinados ámbitos, como la política comercial común o la conservación de los recursos biológicos marinos, tiene competencia exclusiva propia, que excluye cualquier posible intervención de sus Estados miembros. Las actividades de las organizaciones internacionales deben tenerse debidamente en cuenta en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, en particular en ámbitos como el régimen de privilegios e inmunidades.

103. El proyecto de conclusión 6 (Atribución del comportamiento) se basa en la redacción empleada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, resulta dudoso que estos artículos sean aplicables en relación con la práctica general, ya que su finalidad es distinta. En el proyecto de conclusión 7 (Formas de la

práctica), la cuestión de la inacción como forma de práctica y la relación entre la costumbre y la aquiescencia requieren un análisis más profundo. Con respecto al proyecto de conclusión 9, es esencial que “la práctica pertinente” sea inequívoca, suficientemente generalizada y uniforme. También convendría prestar atención a la costumbre bilateral como posible base de derechos y obligaciones internacionales recíprocos, pues tiene gran importancia en los contenciosos territoriales y de delimitación marítima, así como en las controversias relativas a los derechos de navegación.

104. El tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados plantea dificultades de muy diversa índole. En particular, su objeto es de muy complicada delimitación, y no resulta sencillo trazar una línea divisoria entre las tres fases temporales propuestas por la Relatora Especial; también es probable que el calendario propuesto resulte demasiado ajustado. En cualquier caso, España ve con buenos ojos la aproximación prudente que realiza la Relatora Especial. Sin embargo, no alcanza a comprender la pertinencia que pueda tener el “desarrollo sostenible”, que se refiere al ámbito del desarrollo económico en tiempo de paz; y la referencia al principio 24 de la Declaración de Río tampoco resulta convincente. Además, no está claro de qué manera podrá la Comisión de Derecho Internacional identificar obligaciones de proteger el medio ambiente en los conflictos armados internos, cuando ese tipo de conflictos no está cubierto por el actual derecho internacional.

105. En relación con el tema de la aplicación provisional de los tratados, el elemento decisivo es el consentimiento del Estado contratante. Por lo tanto, no debe ser tarea de la Comisión de Derecho Internacional adentrarse en la delicada senda de alentar o desalentar la aplicación provisional de los tratados, ni de valorar normas internas de los Estados. No en vano, una vez aplicado provisionalmente un tratado, el Estado queda sujeto a la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según el cual un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. Por esa razón, el Senado de España acaba de aprobar un proyecto de ley, que pronto entrará en vigor, en el que se fijan algunas cautelas y limitaciones al uso de la aplicación provisional de los tratados. El Relator Especial debería

acometer un estudio más profundo de la práctica de los Estados y hacer un mayor uso del método inductivo. También sería conveniente considerar la práctica de organizaciones internacionales como la Unión Europea, que ha hecho amplio uso de la aplicación provisional de los tratados, y de manera interesante. Por ejemplo, en relación con algunos acuerdos mixtos entre la Unión Europea y sus Estados miembros con un Estado tercero, en los que tan solo se aplica provisionalmente la parte del acuerdo que corresponde a competencias de la Unión Europea.

106. España duda que la decisión de aplicar provisionalmente un tratado pueda ser considerada un acto unilateral, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la considera expresamente como un acuerdo entre Estados. La afirmación de que la aplicación provisional no puede ser revocada de forma arbitraria tampoco puede aceptarse sin más. Cuando un Estado signatario comunica a otro Estado signatario su intención de dar por finalizada la aplicación provisional de un tratado, no tiene por qué ofrecer una justificación argumentada del por qué. Su decisión puede obedecer a motivos muy diferentes, entre ellos un cambio político interno, sin que ello pueda ser considerado una violación de la *bona fides*. El Relator Especial también debería plantearse en profundidad si las normas del derecho internacional consuetudinario sobre la aplicación provisional de los tratados son, en realidad, las mismas que las recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

107. Por último, España considera que el número de temas que figuran en el programa de la Comisión de Derecho Internacional es excesivo, lo que impide profundizar como sería deseable en los temas sometidos a consideración. La Comisión debería considerar la posibilidad de reducir el número de temas, pero manteniendo el mismo número de reuniones. Debería ser más selectiva y concisa en las peticiones de información a los Estados: en efecto, se ha solicitado información sobre 7 de los 11 temas tratados, algunos de ellos no precisamente sencillos. Debería además tener bien presente el principio de la igualdad de los idiomas. El sitio web de la Comisión, que es su instrumento habitual y permanente de interacción con los Estados, debería mejorarse. La Comisión no debería plantearse en modo alguno limitar o eliminar los resúmenes de los debates internos, ya que son una fuente de conocimiento de gran importancia para el

adecuado seguimiento de los trabajos de la Comisión por parte de los Estados Miembros.

108. **El Sr. Rao** (India) dice, en relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia tienen un valor indudable para la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario, ya que la Corte tiene el mandato de aplicarlas al solucionar las controversias que le presentan los Estados. Un ejemplo de ello es su fallo en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, en la que la Corte llegó a la conclusión de que un Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio goza de inmunidad *ratione personae* en virtud del derecho internacional consuetudinario. No obstante, no deben pasarse por alto las decisiones de otros tribunales internacionales. A diferencia de lo que ocurre en el derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario no tiene una fuente material. La dificultad de identificar ese derecho se ve agravada si quienes tratan de aplicarlo no conocen bien el derecho internacional.

109. En sus trabajos sobre este tema, la Comisión de Derecho Internacional debe otorgar la misma importancia a los dos elementos de las normas consuetudinarias, a saber, el elemento objetivo (la práctica de los Estados) y el elemento subjetivo (la *opinio juris*). Debe tenerse en cuenta la práctica de los Estados de todas las regiones. En particular, se debe alentar y ayudar a los Estados en desarrollo a elaborar compilaciones de sus prácticas, incluidas la jurisprudencia y las declaraciones ante foros internacionales y regionales. Al mismo tiempo, la Comisión debe tener mucho cuidado en no aislar de su contexto original los argumentos presentados por los Estados ante órganos judiciales internacionales.

110. El tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados se refiere a un ámbito en el que existe una urgente necesidad de claridad y coherencia. En el laudo arbitral dictado en el caso de la *Fundición de Trail* se estableció el principio de que todo Estado tiene el deber de no permitir que se use su territorio de manera tal que cause perjuicios a otro Estado. En los dos últimos decenios el derecho ambiental ha experimentado una importante evolución a medida que se hacía cada vez más patente la urgencia de encontrar una solución. La India apoya el enfoque basado en tres fases adoptado por la Relatora Especial,

y considera que su labor debería abarcar las esferas pertinentes del derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados, así como el derecho ambiental.

111. En cuanto al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), la India toma nota de la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de no aprobar el proyecto de artículos sobre dicho tema, pero lamenta que se haya dejado a los Estados la posibilidad de interpretar el principio a su conveniencia. A fin de combatir la impunidad, habría sido beneficioso aportar mayor certidumbre y uniformidad al tema.

112. El tema de la protección de la atmósfera es sumamente importante, habida cuenta de las amenazas que plantean la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático. Es preciso analizar a fondo los tres proyectos de directriz propuestos en el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667), habida cuenta de los problemas técnicos, científicos y jurídicos en juego. En particular, el concepto de atmósfera como preocupación común de la humanidad es controvertido y debería ser objeto de una justificación jurídica más exhaustiva. Sería útil que el Relator Especial velara por que los intereses de los países en desarrollo quedaran protegidos; tuviera en cuenta el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas; y diera más importancia a los mecanismos de cooperación para abordar cuestiones de interés común.

113. La India ha promulgado diversas leyes para proteger el medio ambiente, en particular la Ley de Protección del Medio Ambiente (1986), la Ley del Seguro de Responsabilidad Civil (1991), la Ley del Tribunal Nacional del Medio Ambiente (1995) y la Ley de la Autoridad Nacional de Apelación sobre Medio Ambiente (1997). También se han adoptado una serie de políticas nacionales. La más reciente es la Política Nacional de Medio Ambiente (2006), que se ocupa de la conservación de recursos ambientales esenciales, la seguridad de los medios de vida de los pobres, la integración de consideraciones ambientales en el desarrollo económico y social, el uso eficiente de los recursos ambientales, la gobernanza ambiental y la optimización de los recursos para la conservación del medio ambiente.

114. Con respecto al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

Estado, la India está de acuerdo en que, como se indica en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 2 e), el término “individuo” que se utiliza en la definición de “funcionario del Estado” solo se refiere a las personas físicas. En el párrafo 6 del comentario de ese proyecto de artículo, la Comisión de Derecho Internacional señaló que la identificación de los individuos a los que se puede calificar como “funcionarios del Estado” a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* debe realizarse caso por caso, aplicando los criterios que se incluyen en la definición, que permiten concluir la existencia de un vínculo específico entre el Estado y el funcionario, a saber: representar al Estado o ejercer funciones estatales. Por tanto, se hace hincapié en la existencia de un vínculo entre el Estado y el funcionario, y no en la naturaleza de ese vínculo. La India considera que el Relator Especial podría tratar situaciones concretas al examinar el alcance sustantivo de la inmunidad. Por ejemplo, sería interesante examinar si un contratista privado que representa al Estado puede ser considerado un funcionario del Estado.

115. En las deliberaciones de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de artículo 5, algunos miembros expresaron sus dudas acerca de la necesidad de definir las personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*, ya que el elemento esencial de esa inmunidad es la naturaleza de los actos realizados y no el individuo que los realiza. No obstante, la India está de acuerdo con la mayoría de los miembros y considera útil identificar esa categoría de personas, puesto que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

116. **El Sr. Charles** (Trinidad y Tabago) dice, en relación con el tema de la protección de las personas en casos de desastre, que si bien el proyecto de artículos se basa supuestamente en el principio de cooperación, las constantes referencias a los deberes del Estado afectado respecto de terceros Estados refleja un enfoque basado en derechos y deberes. Su delegación apoya ambas dimensiones, pero considera que el enfoque basado en derechos y deberes solo puede aplicarse entre el Estado afectado y su población. La relación entre los Estados afectados y terceros Estados debe regirse por un conjunto diferente de normas.

117. En relación con el tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario, la delegación de Trinidad y Tabago, si bien no está de acuerdo con la totalidad del segundo informe del Relator Especial, está impresionada por su excepcional calidad y por la

exhaustiva investigación realizada. La pertinencia de la práctica de las organizaciones intergubernamentales depende de la naturaleza de la norma en cuestión. A fin de determinar dicha pertinencia, debería realizarse una evaluación de la práctica y la doctrina jurídica pertinentes y reflejarse en el informe y los comentarios. Trinidad y Tabago está de acuerdo con la decisión del Comité de Redacción de excluir de los proyectos de conclusión la afirmación según la cual debe tenerse debidamente en cuenta la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados, dado que el concepto de Estados especialmente afectados tiene poco fundamento jurídico.

118. La labor del Relator Especial sobre los crímenes de lesa humanidad debe abarcar los tres principales delitos internacionales, a saber, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. Aunque estas dos últimas categorías ya son objeto de tratados específicos, el mecanismo de cooperación entre Estados para su enjuiciamiento debería reforzarse. El proyecto no debería ir en detrimento del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sino más bien complementarlo. Trinidad y Tabago acoge con beneplácito la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo el tema del *jus cogens*, que debe abordarse con el debido cuidado y cautela.

*Se levanta la sesión a las 18.00 horas.*