



Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**65º período de sesiones
(6 de mayo a 7 de junio y
8 de julio a 9 de agosto de 2013)**

**Asamblea General
Documentos Oficiales
Sexagésimo octavo período de sesiones
Suplemento N° 10 (A/68/10)**

Asamblea General
Documentos Oficiales
Sexagésimo octavo período de sesiones
Suplemento N° 10 (A/68/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**65° período de sesiones
(6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)**



Naciones Unidas • Nueva York, 2013

Nota

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen mediante la palabra Anuario seguida de puntos suspensivos y el año (por ejemplo, *Anuario..., 1971*).

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2013*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–12	1
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 65º período de sesiones	13–24	5
III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	25–28	8
IV. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	29–39	9
V. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	40–49	52
VI. Protección de las personas en casos de desastre.....	50–62	76
VII. Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario	63–107	100
VIII. Aplicación provisional de los tratados	108–129	108
IX. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	130–144	113
X. La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>).....	145–149	116
XI. La cláusula de la nación más favorecida.....	150–164	118
XII. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión.....	165–218	123
 Anexos		
A. Informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>).....		134
B. Crímenes de lesa humanidad.....		150

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–12	1
A. Composición.....	2	1
B. Vacante imprevista	3	2
C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada	4–6	2
D. Comité de Redacción.....	7–8	2
E. Grupos de trabajo y grupos de estudio	9–10	3
F. Secretaría	11	3
G. Programa	12	4
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 65º período de sesiones	13–24	5
III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	25–28	8
A. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	25	8
B. Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario	26	8
C. Aplicación provisional de los tratados.....	27	8
D. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.....	28	8
IV. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	29–39	9
A. Introducción.....	29–32	9
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	33–37	10
C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones	38–39	11
1. Texto de los proyectos de conclusión	38	11
2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones	39	12
Introducción.....		12
Conclusión 1. Regla general y medios de interpretación de los tratados.....		13
Comentario		13
Conclusión 2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación		20
Comentario		21
Conclusión 3. Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo		25
Comentario		25

	Conclusión 4. Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior	32	
	Comentario	32	
	Conclusión 5. Atribución de la práctica ulterior.....	44	
	Comentario	44	
V.	La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	40-49	52
	A. Introducción.....	40-42	52
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	43-47	52
	C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados hasta el momento por la Comisión.....	48-49	54
	1. Texto de los proyectos de artículo.....	48	54
	2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65° período de sesiones.....	49	55
	Primera parte		
	Introducción.....		56
	Artículo 1. Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos		56
	Comentario		56
	Segunda parte		
	Inmunidad <i>ratione personae</i>		62
	Artículo 3. Beneficiarios de la inmunidad <i>ratione personae</i>		62
	Comentario		62
	Artículo 4. Alcance de la inmunidad <i>ratione personae</i>		71
	Comentario		71
VI.	Protección de las personas en casos de desastre.....	50-62	76
	A. Introducción.....	50-55	76
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	56-60	77
	C. Texto de los proyectos de artículo sobre la protección de las personas en casos de desastre aprobados hasta el momento por la Comisión.....	61-62	78
	1. Texto del proyecto de artículos	61	78
	2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65° período de sesiones.....	62	81
	Artículo 5 <i>bis</i> . Formas de cooperación		81
	Comentario.....		81
	Artículo 5 <i>ter</i> . Cooperación para reducir el riesgo de desastres		84
	Comentario.....		84
	Artículo 12. Ofrecimientos de asistencia		85
	Comentario.....		85

	Artículo 13.	Condiciones de prestación de la asistencia externa.....	86	
		Comentario.....	87	
	Artículo 14.	Facilitación de la asistencia externa.....	89	
		Comentario.....	89	
	Artículo 15.	Cese de la asistencia externa.....	91	
		Comentario.....	91	
	Artículo 16.	Deber de reducir el riesgo de desastres.....	92	
		Comentario.....	93	
VII.	Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario.....	63–107	100	
	A.	Introducción.....	63	100
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	64–107	100
		1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe.....	66–72	100
		2. Resumen del debate.....	73–100	102
		a) Observaciones generales.....	73–75	102
		b) Alcance del tema.....	76–82	102
		c) Metodología.....	83–89	104
		d) Material de consulta.....	90–97	105
		e) Labor futura sobre el tema.....	98–100	106
		3. Conclusiones del Relator Especial.....	101–107	107
VIII.	Aplicación provisional de los tratados.....	108–129	108	
	A.	Introducción.....	108	108
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	109–129	108
		1. Presentación del primer informe por el Relator Especial.....	111–116	108
		2. Resumen del debate.....	117–125	109
		3. Conclusiones del Relator Especial.....	126–129	111
IX.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.....	130–144	113	
	A.	Introducción.....	130–131	113
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	132–144	113
		Informe de la Relatora Especial acerca de las consultas oficiosas celebradas sobre el tema.....	133–144	113
X.	La obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>).....	145–149	116	
	A.	Introducción.....	145–147	116
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	148–149	116

XI.	La cláusula de la nación más favorecida.....	150–164	118
A.	Introducción.....	150–151	118
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	152–164	118
1.	Labor del Grupo de Estudio	154–158	118
2.	Deliberaciones del Grupo de Estudio en el actual período de sesiones ...	159–164	120
XII.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión.....	165–218	123
A.	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.....	165–191	123
1.	Inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo de la Comisión...	167–168	123
2.	Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo	169–170	124
3.	Examen de la resolución 67/97 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional	171–180	124
4.	Honorarios.....	181	126
5.	Documentación y publicaciones.....	182–187	126
6.	Fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del <i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i>	188	127
7.	<i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i>	189	127
8.	Asistencia de la División de Codificación	190	127
9.	Sitios web.....	191	127
B.	Fecha y lugar del 66º período de sesiones de la Comisión	192	128
C.	Cooperación con otros organismos.....	193–198	128
D.	Representación en el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General	199–200	129
E.	Conferencia en memoria de Gilberto Amado	201	129
F.	Seminario de Derecho Internacional	202–215	129
G.	Conmemoración del 50º aniversario del Seminario de Derecho Internacional.....	216–218	131
 Anexos			
A.	Informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (<i>aut dedere aut judicare</i>).....		134
B.	Crímenes de lesa humanidad.....		150

Capítulo I

Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró, en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la primera parte de su 65º período de sesiones del 6 de mayo al 7 de junio de 2013 y la segunda parte del 8 de julio al 9 de agosto de 2013. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Lucius Caflisch, Presidente de la Comisión en su 64º período de sesiones.

A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Mohammed Bello Adoke (Nigeria)

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Lucius Caflisch (Suiza)

Sr. Enrique J. A. Candiotti (Argentina)

Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libia)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sr. Mathias Forteau (Francia)

Sr. Kirill Gevorgian (Federación de Rusia)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sra. Marie G. Jacobsson (Suecia)

Sr. Maurice Kamto (Camerún)

Sr. Kriangsak Kittichaisaree (Tailandia)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sr. Donald M. McRae (Canadá)

Sr. Shinya Murase (Japón)

Sr. Sean D. Murphy (Estados Unidos de América)

Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzania)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Narinder Singh (India)
Sr. Pavel Šturma (República Checa)
Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)
Sr. Eduardo Valencia Ospina (Colombia)
Sr. Marcelo Vázquez Bermúdez (Ecuador)¹
Sr. Amos S. Wako (Kenya)
Sr. Nugroho Wisnumurti (Indonesia)
Sr. Michael Wood (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)

B. Vacante imprevista

3. El 6 de mayo de 2013, la Comisión eligió al Sr. Marcelo Vázquez Bermúdez para cubrir la vacante imprevista creada por la renuncia del Sr. Stephen C. Vasciannie.

C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

4. En su 3159ª sesión, celebrada el 6 de mayo de 2013, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

<i>Presidente:</i>	Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
<i>Primer Vicepresidente:</i>	Sr. Pavel Šturma (República Checa)
<i>Segundo Vicepresidente:</i>	Sr. Narinder Singh (India)
<i>Presidente del Comité de Redacción:</i>	Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)
<i>Relator:</i>	Sr. Mathias Forteau (Francia)

5. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los anteriores Presidentes de la Comisión² y los Relatores Especiales³.

6. La Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los siguientes miembros: Sr. P. Šturma (Presidente), Sr. L. Caflisch, Sr. P. Comissário Afonso, Sr. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. H. A. Hassouna, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. A. Laraba, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. D. D. Tladi, Sr. E. Valencia Ospina, Sr. M. Vázquez Bermúdez, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. M. Forteau (*ex officio*).

D. Comité de Redacción

7. En sus sesiones 3163ª, 3170ª y 3180ª, celebradas el 14 y el 24 de mayo y el 16 de julio de 2013, respectivamente, la Comisión estableció un Comité de Redacción, integrado

¹ Véase el párrafo 3 *infra*.

² Sr. L. Caflisch, Sr. E. Candiotti, Sr. M. Kamto, Sr. E. Petrič y Sr. N. Wisnumurti.

³ Sra. C. Escobar Hernández, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. G. Nolte, Sr. E. Valencia Ospina y Sr. M. Wood.

por los miembros que se mencionan más abajo, para los temas que se indican a continuación:

a) *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados:* Sr. D. D. Tladi (Presidente), Sr. G. Nolte (Relator Especial), Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. P. Šturma, Sr. E. Valencia Ospina, Sr. M. Vázquez Bermúdez, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. M. Forteau (*ex officio*).

b) *La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado:* Sr. D. D. Tladi (Presidente), Sra. Concepción Escobar Hernández (Relatora Especial), Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. E. Valencia Ospina, Sr. M. Vázquez Bermúdez, Sr. A. K. Wako, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. M. Forteau (*ex officio*).

c) *Protección de las personas en casos de desastre:* Sr. D. D. Tladi (Presidente), Sr. E. Valencia Ospina (Relator Especial), Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. M. Vázquez Bermúdez, Sr. M. Wood y Sr. M. Forteau (*ex officio*).

8. El Comité de Redacción celebró un total de 20 sesiones sobre los tres temas indicados.

E. Grupos de trabajo y grupos de estudio

9. En su sesiones 3161^a y 3169^a, celebradas el 8 y el 23 de mayo de 2013, la Comisión volvió a constituir los grupos de trabajo y de estudio siguientes:

a) *Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), de composición abierta:* Sr. K. Kittichaisaree (Presidente).

b) *Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida:* Sr. D. M. McRae (Presidente), Sr. L. Caflisch, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. D. Hmoud, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. M. Vázquez Bermúdez, Sr. M. Wood y Sr. M. Forteau (*ex officio*).

10. El Grupo de Planificación volvió a constituir el siguiente Grupo de Trabajo:

Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo para el quinquenio: Sr. D. McRae (Presidente), Sr. L. Caflisch, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. K. Gevorgian, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. A. Laraba, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. D. D. Tladi, Sr. M. Vázquez Bermúdez, Sr. A. S. Wako, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. M. Forteau (*ex officio*).

F. Secretaría

11. La Sra. Patricia O'Brien, Secretaria General Adjunta, Asesora Jurídica, representó al Secretario General. El Sr. George Korontzis, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia de la Asesora Jurídica, representó al Secretario General. El Sr. Trevor Chimimba y el Sr. Arnold Pronto, oficiales jurídicos superiores, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Superiores. El Sr. Gionata Buzzini y la Sra. Hanna Dreifeldt-Lainé, oficiales

jurídicos, y el Sr. Noah Bialostozky, oficial jurídico adjunto, actuaron como Secretarios Auxiliares de la Comisión.

G. Programa

12. En su 3159ª sesión, celebrada el 6 de mayo de 2013, la Comisión aprobó el programa de su 65º período de sesiones. El programa, modificado a la luz de la decisión adoptada por la Comisión en su 3171ª sesión⁴, comprende los temas siguientes:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Nombramiento para llenar una vacante ocurrida después de la elección.
3. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).
4. Protección de las personas en casos de desastre.
5. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
6. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.
7. Aplicación provisional de los tratados.
8. Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario⁵.
9. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
10. La cláusula de la nación más favorecida.
11. Programa, procedimientos, métodos de trabajo y documentos de la Comisión.
12. Fecha y lugar del 66º período de sesiones de la Comisión.
13. Cooperación con otros organismos.
14. Otros asuntos.

⁴ Véase *infra*, cap. XII, secc. A.1.

⁵ La Comisión decidió, en su 3186ª sesión, el 25 de julio de 2013, cambiar el título del tema a "Identificación del derecho internacional consuetudinario", como proponía el Relator Especial. Véase cap. VII, secc. B.

Capítulo II

Resumen de la labor de la Comisión en su 65º período de sesiones

13. En lo que se refiere al tema "**Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados**", la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660), que, entre otras cosas, contenía cuatro proyectos de conclusión relativos a la regla general y los medios de interpretación de los tratados, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación, la definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior como medios de interpretación de un tratado, y la atribución a un Estado de una práctica relacionada con un tratado. Tras el debate celebrado en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir los cuatro proyectos de conclusión al Comité de Redacción. Después de examinar el informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión, junto con sus correspondientes comentarios (cap. IV).

14. En cuanto al tema "**La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado**", la Comisión tuvo ante sí el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/661), en el que, entre otras cosas, se presentaban seis proyectos de artículo, precedidos de un análisis sobre: a) el alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos; b) los conceptos de inmunidad y jurisdicción; c) la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, y d) la determinación de los elementos normativos del régimen aplicable a la inmunidad *ratione personae*. Tras el debate celebrado en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir los seis proyectos de artículo al Comité de Redacción. Después de examinar el informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo, junto con sus correspondientes comentarios (cap. V).

15. Con respecto al tema "**Protección de las personas en casos de desastre**", la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/662), en el que se abordaban aspectos de la prevención en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre, como la reducción del riesgo de desastres, la prevención como principio de derecho internacional y la cooperación internacional en materia de prevención. Tras el debate celebrado en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir dos proyectos de artículo al Comité de Redacción, de conformidad con la propuesta del Relator Especial.

16. La Comisión aprobó provisionalmente siete proyectos de artículo, junto con sus correspondientes comentarios, a saber, los proyectos de artículo 5 *bis* y 12 a 15, de los que ya había tomado nota en su 64º período de sesiones (2012), relativos a las formas de cooperación, los ofrecimientos de asistencia, las condiciones de prestación de la asistencia externa, la facilitación de la asistencia externa y el cese de la asistencia externa, respectivamente, así como los proyectos de artículo 5 *ter* y 16, relativos a la cooperación para reducir el riesgo de desastres y el deber de reducir el riesgo de desastres, respectivamente (cap. VI).

17. En relación con el tema "**Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario**", la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/663), en el que, entre otras cosas, se ofrecía un panorama general de la labor anterior de la Comisión en relación con este tema, las opiniones expresadas por los delegados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, el alcance del tema, los diversos tipos de material de consulta que deberían utilizarse y cuestiones relacionadas con el derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional. La Comisión también tuvo ante sí un memorando de la Secretaría en el que se examinaban elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podrían ser de particular interés para

el tema (A/CN.4/659). En el debate celebrado en sesión plenaria se abordaron, entre otras cuestiones, el alcance y la metodología del tema, los diversos tipos de material de consulta que deberían utilizarse y el futuro plan de trabajo. El Relator Especial también celebró consultas oficiosas sobre el título del tema, la consideración del *jus cogens* en el ámbito del tema y la necesidad de información adicional sobre la práctica de los Estados. La Comisión decidió cambiar el título del tema a "Identificación del derecho internacional consuetudinario" (cap. VII).

18. En cuanto al tema "**Aplicación provisional de los tratados**", la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664), que trataba de establecer de manera general cuáles son las principales cuestiones jurídicas que se plantean en relación con la aplicación provisional de los tratados mediante la consideración de los planteamientos doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica existente de los Estados. La Comisión también tuvo ante sí un memorando de la Secretaría, en el que se recogía la historia de las negociaciones del artículo 25 tanto en la Comisión como en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados (A/CN.4/658). El debate giró en torno al propósito de la aplicación provisional de los tratados y el planteamiento de cuestiones específicas que habrían de examinarse en los futuros informes del Relator Especial (cap. VIII).

19. La Comisión decidió incluir el tema "**Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados**" en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson (cap. XII, secc. A.1). La Relatora Especial presentó a la Comisión una serie de documentos de trabajo oficiosos con miras a iniciar un diálogo informal con los miembros de la Comisión sobre una serie de cuestiones que podrían ser pertinentes para el desarrollo y el examen de la labor sobre el tema. Entre las cuestiones tratadas en las consultas informales figuraban el alcance y la metodología, los posibles resultados de la labor de la Comisión y diversas cuestiones sustantivas relacionadas con el tema (cap. IX).

20. En cuanto al tema "**La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)**", la Comisión volvió a constituir el Grupo de Trabajo sobre el tema, que siguió evaluando la labor llevada a cabo en la materia, en particular a la luz de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. el Senegal)*, de 20 de julio de 2012. La Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo, que figura como anexo del presente informe (cap. X y anexo A).

21. Por lo que se refiere al tema "**La cláusula de la nación más favorecida**", la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre el tema, que, entre otras cosas, siguió examinando los diversos factores que parecían influir en los tribunales de inversiones a la hora de interpretar cláusulas NMF, tomando como base, entre otras cosas, la práctica y la jurisprudencia contemporáneas, en particular, los casos *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina*⁶ y *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán*⁷ (cap. XI).

22. La Comisión estableció un Grupo de Planificación para que examinara su programa, procedimientos y métodos de trabajo (cap. XII, secc. A). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "**Protección de la atmósfera**" y nombrar Relator Especial para el tema al Sr. Shinya Murase (cap. XII, secc. A.1). La Comisión también decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema "**Crímenes de lesa humanidad**" (cap. XII, secc. A.2 y anexo B).

⁶ CIADI; caso N° ARB/05/1, enviado a las partes el 22 de agosto de 2012.

⁷ CIADI; caso N° ARB/10/1, enviado a las partes el 2 de julio de 2013.

23. La Comisión continuó con los tradicionales intercambios de información con la Corte Internacional de Justicia, la Organización Consultiva Jurídica Asiática-Africana, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, y el Comité Jurídico Interamericano. La Comisión mantuvo también un intercambio de información con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. Los miembros de la Comisión celebraron asimismo reuniones informales con otros órganos y asociaciones sobre asuntos de interés común (cap. XII, secc. C).

24. La Comisión decidió que su 66º período de sesiones se celebrara en Ginebra, del 5 de mayo al 6 de junio y del 7 de julio al 8 de agosto de 2014 (cap. XII, secc. B).

Capítulo III

Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión

A. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

25. Con respecto al tema "La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", la Comisión pide a los Estados que, antes del 31 de enero de 2014, proporcionen información sobre la práctica de sus instituciones, y en particular sobre las decisiones judiciales, en lo que concierne al significado dado a las expresiones "actos oficiales" o "actos realizados a título oficial" en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

B. Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario

26. La Comisión pide a los Estados que faciliten información, antes del 31 de enero de 2014, sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de documentación adecuados para establecer ese derecho en una situación determinada, tal como se manifiesta en:

- a) declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y
- b) resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales.

C. Aplicación provisional de los tratados

27. La Comisión pide a los Estados que, antes del 31 de enero de 2014, faciliten información sobre su práctica relativa a la aplicación provisional de los tratados, con ejemplos, en particular en lo que se refiere a:

- a) la decisión de aplicar provisionalmente un tratado;
- b) la terminación de esa aplicación provisional; y
- c) los efectos jurídicos de la aplicación provisional.

D. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

28. La Comisión desearía recibir información de los Estados sobre si, en su práctica, el derecho ambiental internacional o interno se ha considerado aplicable en relación con conflictos armados internacionales o no internacionales. La Comisión agradecería en especial que se le proporcionaran ejemplos de:

- a) tratados, en particular tratados regionales o bilaterales pertinentes;
- b) legislación nacional pertinente para el tema, en particular medidas legislativas para llevar a efecto tratados bilaterales o regionales; y
- c) jurisprudencia sobre la aplicación del derecho ambiental internacional o interno en controversias derivadas de situaciones de conflicto armado.

Capítulo IV

Los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados

A. Introducción

29. En su 60º período de sesiones (2008) la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Los tratados en el tiempo" y establecer un grupo de estudio sobre el tema en su 61º período de sesiones⁸. En su 61º período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte. En ese período de sesiones los debates del Grupo de Estudio giraron en torno a la determinación de las cuestiones que había que tratar, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema⁹.

30. Del 62º período de sesiones al 64º período de sesiones (2010 a 2012) se constituyó de nuevo el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio examinó tres informes, que su Presidente expuso de manera informal, en los que se abordaron, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial¹⁰, la jurisprudencia de los regímenes especiales relativa a los acuerdos posteriores y la práctica posterior¹¹ y los acuerdos posteriores y la práctica posterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales¹².

31. En el 63º período de sesiones (2011) el Presidente del Grupo de Estudio presentó nueve conclusiones preliminares reformuladas a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio¹³. En el 64º período de sesiones (2012), el Presidente presentó el texto de seis conclusiones preliminares adicionales, reformuladas también a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio¹⁴. El Grupo de Estudio examinó también la estructura que debía adoptar la futura labor sobre el tema, así como el posible resultado de esa labor. El Presidente hizo una serie de sugerencias, que fueron acordadas por el Grupo de Estudio¹⁵.

32. En el 64º período de sesiones (2012), la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio¹⁶, decidió también: a) modificar, a partir del 65º período de sesiones (2013), la estructura de la labor sobre el tema, con arreglo a la sugerencia del Grupo de Estudio; y b) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema "Los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados"¹⁷.

⁸ En su 2997ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, párr. 353. Por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase *ibid.*, anexo A. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, tomó nota de la decisión.

⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, párrs. 220 a 226.

¹⁰ *Ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/65/10)*, párrs. 344 a 354; e *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párr. 337.

¹¹ *Ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párrs. 338 a 341; y sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párrs. 230 y 231.

¹² *Ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párrs. 232 a 234.

¹³ Para el texto de las conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, véase *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párr. 344.

¹⁴ Para el texto de las conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, véase *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párr. 240.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 235 a 239.

¹⁶ *Ibid.*, párrs. 226 y 239.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 227.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

33. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660), que examinó en sus sesiones 3159ª a 3163ª, celebradas del 6 al 8 de mayo de 2013 y los días 10 y 14 del mismo mes.

34. En su primer informe, el Relator Especial, después de abordar el alcance, objetivo y posible resultado de la labor sobre el tema (secc. II), examinó la regla general y los medios de interpretación de los tratados (secc. III); los acuerdos posteriores y la práctica posterior como medios de interpretación (secc. IV); la definición de acuerdo posterior y de práctica posterior como medios de interpretación de un tratado (secc. V); y la atribución a un Estado de una práctica relacionada con un tratado (secc. VI). El informe contenía también información sobre el futuro programa de trabajo (secc. VII). El Relator Especial propuso un proyecto de conclusión en relación con cada una de las cuatro cuestiones abordadas en las secciones III a VI¹⁸.

¹⁸ Los cuatro proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial decían lo siguiente:

Proyecto de conclusión 1

Regla general y medios de interpretación de los tratados

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, como obligación convencional y como reflejo del derecho internacional consuetudinario, enuncia la regla general sobre la interpretación de los tratados.

La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión.

Proyecto de conclusión 2

Los acuerdos posteriores y la práctica posterior como medios de interpretación auténticos

Los acuerdos posteriores entre las partes en un tratado y la práctica posteriormente seguida por ellas son medios de interpretación auténticos que habrán de tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados.

Los acuerdos posteriores entre las partes y la práctica posteriormente seguida por ellas podrán orientar una interpretación evolutiva de un tratado.

Proyecto de conclusión 3

Definición de acuerdo posterior y de práctica posterior como medio de interpretación de un tratado

A los efectos de la interpretación de un tratado, un "acuerdo posterior" es un acuerdo manifestado entre las partes después de la celebración de un tratado en relación con su interpretación o la aplicación de sus disposiciones.

A los efectos de la interpretación de un tratado, una "práctica posterior" consiste en el comportamiento, incluidos los pronunciamientos, de una o más de las partes en el tratado después de su celebración en relación con su interpretación o aplicación.

La práctica posteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado es un medio de interpretación con arreglo al artículo 31 3) b) de la Convención de Viena. En determinadas circunstancias, puede utilizarse otra práctica posterior como medio complementario de interpretación de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena.

Proyecto de conclusión 4

Posibles autores y atribución de la práctica posterior

La práctica posterior puede consistir en el comportamiento de todos los órganos estatales que puede atribuirse a un Estado a los efectos de la interpretación del tratado.

La práctica posterior de agentes no estatales, incluida la práctica social, puede tenerse en cuenta a los efectos de la interpretación del tratado en la medida en que se recoja en la práctica estatal posterior o sea adoptada por ella o como prueba de esa práctica estatal.

35. En su 3163ª sesión, el 14 de mayo de 2013, la Comisión remitió los proyectos de conclusión 1 a 4, contenidos en el primer informe del Relator Especial, al Comité de Redacción.

36. En su sesión 3172ª, el 31 de mayo de 2013, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión (véase la sección C.1 *infra*).

37. En sus sesiones 3191ª a 3193ª, celebradas el 5 y el 6 de agosto de 2013, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones

1. Texto de los proyectos de conclusión

38. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión.

Conclusión 1

Regla general y medios de interpretación de los tratados

1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y la regla sobre los medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario.

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

3. El artículo 31, párrafo 3, dispone, entre otras cosas, que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; y b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

4. Se podrá acudir a otra práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32.

5. La interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que preste la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32.

Conclusión 2

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31 3) a) y b), que constituyen una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31.

Conclusión 3

Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Conclusión 4

Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por "acuerdo ulterior" como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) a) se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

2. Por "práctica ulterior" como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) b) se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado.

3. Por otra "práctica ulterior" como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

Conclusión 5

Atribución de la práctica ulterior

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones

39. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones.

Introducción

1) Los proyectos de conclusión que figuran a continuación se basan en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ("la Convención de Viena")¹⁹, que constituye el marco de la labor llevada a cabo sobre el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados". La Comisión considera que las normas pertinentes de la Convención de Viena gozan actualmente de aceptación generalizada²⁰.

¹⁹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, N° 18232, pág. 331 ("la Convención de Viena");

²⁰ Véase *infra* el comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 1, y el comentario correspondiente.

2) Los cinco primeros proyectos de conclusión son de carácter general. Otros aspectos del tema, en particular las cuestiones más específicas, se abordarán en una fase ulterior de la labor.

Conclusión 1

Regla general y medios de interpretación de los tratados

1. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establecen, respectivamente, la regla general de interpretación y la regla sobre los medios de interpretación complementarios. Estas reglas también son aplicables como derecho internacional consuetudinario.

2. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

3. El artículo 31, párrafo 3, dispone, entre otras cosas, que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; y b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

4. Se podrá acudir a otra práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32.

5. La interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que preste la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 sitúa los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida como medio de interpretación de los tratados en el marco de las reglas relativas a la interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. El título "Regla general y medios de interpretación de los tratados" pone de relieve dos cuestiones. En primer lugar, que el artículo 31 de la Convención de Viena, tomado en su conjunto, es *la* "regla general" de interpretación de los tratados²¹. En segundo lugar, que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena enumeran varios "medios de interpretación" que deberán (art. 31) o podrán (art. 32) tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados²².

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 1 se hace hincapié en la relación existente entre los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, así como en el hecho de que, tomadas en su conjunto, ambas disposiciones reflejan el derecho internacional consuetudinario. La referencia a los artículos 31 y 32 aclara desde el principio el contexto general en el que se abordan los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el proyecto de conclusiones.

²¹ Título del artículo 31 de la Convención de Viena, *ibid.*

²² "Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados", A/CN.4/660, 19 de marzo de 2013 ("Primer informe"), pág. 8, párr. 8; M. E. Villiger, "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 344 (2009), pág. 9, en especial págs. 118 y 119, y 126 a 128.

3) Aunque el artículo 31 establece la regla general y el artículo 32 se refiere a los medios de interpretación complementarios, ambas disposiciones²³ deben examinarse juntas, ya que constituyen un marco integrado para la interpretación de los tratados. El artículo 32 distingue entre los medios de interpretación fundamentales previstos en el artículo 31²⁴, todos los cuales deberán tenerse en cuenta en el proceso de interpretación, y los "medios de interpretación complementarios", a los que se podrá acudir cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

4) La segunda frase del párrafo 1 del proyecto de conclusión 1 confirma que las reglas que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena reflejan el derecho internacional consuetudinario²⁵. Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han reconocido el carácter consuetudinario de esas reglas. En particular, tal es el caso de la Corte Internacional de Justicia²⁶, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)²⁷, los arbitrajes entre Estados²⁸ del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del

²³ En relación con el significado del término "reglas" en este contexto, véanse: *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 239 y 240; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, págs. 36 a 38.

²⁴ *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 244 y 245, párr. 19; Waldock, Tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1964, vol. II, págs. 56 y 57, párr. 21; M. K. Yasseen, "L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités", *Recueil des cours*, vol. 151 (1976), pág. 1, en especial pág. 78; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, págs. 141 y 142; M. E. Villiger, nota 22 *supra*, págs. 127 y 128.

²⁵ Y. le Bouthillier, "Commentary on Article 32 of the Vienna Convention" en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, pág. 841, en especial págs. 843 a 846, párrs. 4 a 8; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit International Public*, octava edición (L. G. D. J., 2009), págs. 285 y 286; R. Gardiner, nota 23 *supra*, en especial págs. 12 a 19; véase M. E. Villiger, nota 22 *supra*, págs. 132 y 133.

²⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Jugment, I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial pág. 46, párr. 65 (Convención de Viena, art. 31); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Jugment, I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 237, párr. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Jugment, I.C.J. Reports 2007*, pág. 43, en especial págs. 109 y 110, párr. 160; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136, en especial pág. 174, párr. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Jugment, I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, en especial pág. 48, párr. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, *Jugment, I.C.J. Reports 2002*, pág. 625, en especial pág. 645, párr. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Jugment, I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, en especial pág. 501, párr. 99 (Convención de Viena, art. 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, *Jugment, I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1059, párr. 18 (Convención de Viena, art. 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *Jugment, I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial págs. 21 y 22, párr. 41 (Convención de Viena, art. 31; el artículo 32 no se menciona pero se hace referencia a los medios de interpretación complementarios).

²⁷ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva del TDIM, de 1 de febrero de 2011, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, en especial párr. 57.

²⁸ *Arbitration regarding the Iron Rhine ('Ijzeren Rijn') Railway (Belgium v. Netherlands)*, laudo arbitral de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII, pág. 35, en especial párr. 45 (Convención de Viena, arts. 31 y 32).

Comercio (OMC)²⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³² y los tribunales establecidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados³³. Por lo tanto, las reglas contenidas en los artículos 31 y 32 se aplican como derecho de los tratados a los Estados partes en la Convención de Viena en relación con los tratados comprendidos en el ámbito de la Convención y como derecho internacional consuetudinario entre todos los Estados.

5) La Comisión examinó asimismo la posibilidad de mencionar el artículo 33 de la Convención de Viena en el proyecto de conclusión 1 y se planteó si esa disposición también reflejaba el derecho internacional consuetudinario. El artículo 33 podía ser pertinente para los proyectos de conclusión sobre el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados". Según lo dispuesto en el artículo 31 3) a), un "acuerdo ulterior" podría, por ejemplo, formularse en dos o más idiomas y podrían surgir dudas con respecto a la relación de cualquier acuerdo ulterior con las diferentes versiones lingüísticas del propio tratado. Sin embargo, la Comisión decidió no abordar esas cuestiones por el momento, sino dejar abierta la posibilidad de hacerlo si volvía a plantearse la cuestión en la futura labor que se llevase a cabo sobre ese tema.

6) La Comisión, en particular, examinó si las normas establecidas en el artículo 33 reflejaban derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros consideraban que todas las reglas contenidas en el artículo 33 reflejaban derecho internacional

²⁹ El artículo 3, párrafo 2, del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias establece que "sirve para [...] aclarar las disposiciones vigentes de [los] acuerdos [abarcados por la OMC] de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público", pero no se refiere de manera específica a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha reconocido sistemáticamente que esos artículos reflejan normas de derecho internacional consuetudinario y ha acudido a ellos por remisión al artículo 3.2 del Entendimiento. Por ejemplo, informe del Órgano de Apelación de la OMC; *Estados Unidos – Gasolina*, WT/DS2/AB/R, aprobado el 29 de abril de 1996, secc. B.1 (Convención de Viena, art. 31 1)); informe del órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, aprobado el 4 de octubre de 1996, secc. D (Convención de Viena, arts. 31 y 32). "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time" en G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, pág. 213, en especial pág. 215.

³⁰ *Golder v. United Kingdom*, sentencia, 21 de febrero de 1975, demanda N° 4451/70, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, sentencia, 4 de abril de 2000, demanda N° 26629/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 58 (Convención de Viena, art. 31); *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 12 de noviembre de 2008, demanda N° 34503/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1345, párr. 65 (implícitamente, Convención de Viena, arts. 31 a 33).

³¹ *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N° 2, párr. 19 (implícitamente, Convención de Viena, arts. 31 y 32); *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 94, párr. 19 (Convención de Viena, art. 31 1)).

³² *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, sentencia, 25 de febrero de 2010, asunto N° C-386/08, ECR I-01289, párrs. 41 a 43 (Convención de Viena, art. 31).

³³ *National Grid plc c. la República Argentina*, decisión sobre competencia (CNUDMI), 20 de junio de 2006, párr. 51 (Convención de Viena, arts. 31 y 32); *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec Inc., Tembec Investments Inc. and Tembec Industries Inc. v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, orden del Tribunal de Acumulación, 7 de septiembre de 2005, párr. 59 (Convención de Viena, arts. 31 y 32).

consuetudinario, mientras que otros preferían dejar abierta la posibilidad de que algunas, pero no todas, las reglas que figuraban en esa disposición se consideraran como tales. La jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales aún no ha abordado plenamente esa cuestión. La Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC han considerado que algunas partes del artículo 33 reflejan normas de derecho internacional consuetudinario: en la causa relativa a *LaGrand*, la Corte reconoció que el párrafo 4 del artículo 33 reflejaba derecho internacional consuetudinario³⁴. No está tan claro si en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu* la Corte Internacional de Justicia consideró que el párrafo 3 del artículo 33 refleja una norma consuetudinaria³⁵. El Órgano de Apelación de la OMC ha establecido que las disposiciones de los párrafos 3 y 4 reflejan derecho consuetudinario³⁶. En el caso *Young Loan Arbitration*, el Tribunal Arbitral falló que el párrafo 1 "incorporaba" un "principio"³⁷. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido un paso más allá y han afirmado que el artículo 33, en su conjunto, reflejaba derecho consuetudinario³⁸. Por lo tanto, en la jurisprudencia existen indicios significativos de que el artículo 33, en su totalidad, realmente refleja derecho internacional consuetudinario.

7) En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 1 se reproduce el texto del artículo 31 1), dada su importancia para el tema. El artículo 31 1) es el punto de partida de cualquier proceso de interpretación de los tratados, de acuerdo con la regla general recogida en el conjunto del artículo 31. El propósito es contribuir a garantizar que en el proceso de interpretación haya un equilibrio entre la evaluación de los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, por una parte, y las consideraciones relativas a los acuerdos posteriores y la práctica ulteriormente seguida, por otra parte, en los proyectos de conclusiones siguientes. Sin embargo, el objetivo de reiterar el artículo 31 1) en un párrafo aparte no es dar a entender que ese párrafo y los medios de interpretación mencionados en él son más importantes en el contexto del propio artículo 31. Todos los medios de interpretación del artículo 31 forman parte de una regla única integrada³⁹.

³⁴ *LaGrand*, I.C.J. Reports 2001, pág. 466, en especial pág. 502, párr. 101.

³⁵ *Kasikili/Sedudu Island*, I.C.J. Reports 1999, pág. 1045, en especial pág. 1062, párr. 25; puede que la Corte aplicara esta disposición únicamente porque las partes no se opusieron a ello.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS257/AB/R, 19 de enero de 2004, párr. 61 (Convención de Viena, art. 33 3)); informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS267/AB/R, 3 de marzo de 2005, párr. 424, donde el Órgano de Apelación aplica y menciona expresamente el artículo 33 3) de la Convención de Viena sin dar a entender que tenga carácter consuetudinario; informe del Órgano de Apelación *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, WT/DS207/AB/R, 23 de septiembre de 2002, párr. 271 (Convención de Viena, art. 33 4)).

³⁷ *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, 16 de mayo de 1980, U.N.R.I.A.A., vol. XIX, pág. 67; *ILR*, vol. 59 (1980), pág. 494, en especial párr. 17.

³⁸ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva del TDIM, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, en especial párr. 57; *Golder v. United Kingdom*, sentencia de 21 de febrero de 1975, demanda N° 4451/70, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 18, párr. 29; *Witold Litwa v. Poland*, sentencia, 4 de abril de 2000, demanda N° 26629/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 59; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 12 de noviembre de 2008, demanda N° 34503/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1345, párr. 65 (Convención de Viena, arts. 31 a 33).

³⁹ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 241, párr. 8). Véase *infra*, en detalle, el párrafo 12) del comentario sobre el párrafo 5 del proyecto de conclusión 1.

8) En el párrafo 3 se reproduce el texto de los artículos 31 3) a) y b) de la Convención de Viena, a fin de situar los acuerdos posteriores y la práctica posterior, como aspectos principales del presente tema, en el marco jurídico general de interpretación de los tratados. Por consiguiente, el encabezamiento del artículo 31 3) "[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta" se mantiene para enfatizar que la evaluación de los medios de interpretación mencionados en el párrafo 3 a) y b) del artículo 31 forma parte integrante de la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31⁴⁰.

9) En el párrafo 4 se aclara que la práctica posteriormente seguida en la aplicación del tratado que no cumple todos los criterios del artículo 31 3) b) queda, no obstante, englobada en el ámbito de aplicación del artículo 32. El artículo 32 contiene una lista no exhaustiva de medios de interpretación complementarios⁴¹. En el párrafo 4 se toma prestada la expresión "se podrá acudir" del artículo 32 para mantener la distinción entre el carácter obligatorio de *tener en cuenta* los medios de interpretación enunciados en el artículo 31 y el carácter discrecional del uso de los medios de interpretación complementarios previstos en el artículo 32.

10) En particular, la práctica posteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual no conste el acuerdo de todas las partes en el tratado, sino solo de una o varias partes, puede utilizarse como medio de interpretación complementario. Así lo afirmó la Comisión⁴² y, desde entonces, así ha sido reconocido por los tribunales judiciales y arbitrales internacionales⁴³, y por los tratadistas⁴⁴ (véase en más detalle, párrs. 22) a 36) del comentario del proyecto de conclusión 4).

11) Sin embargo, la Comisión consideró que la práctica posterior que no se seguía "en la aplicación del tratado" no debía figurar, en el presente proyecto de conclusiones, como un

⁴⁰ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 241, párr. 8); "Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over time" en Nolte, nota 29 *supra*, pág. 169, en especial pág. 177.

⁴¹ Yasseen, nota 24 *supra*, en especial pág. 79.

⁴² *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 198, párr. 13.

⁴³ *Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1096, párrs. 79 y 80; *Loizidou v. Turkey*, sentencia (excepciones preliminares) de 23 de marzo de 1995, demanda N° 15318/89, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 310, párrs. 79 a 81; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 94, párr. 92; *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, medidas provisionales, providencia del TIDM, de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, pág. 274, en especial párr. 50; informe del Órgano de Apelación de la OMC; *CE – Equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, párr. 90; véase también informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – EPO*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, 29 de junio de 2012, párr. 452.

⁴⁴ Yasseen, nota 24 *supra*, en especial pág. 52; "[...] la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordant, mais également commune à toutes les parties*. [...] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne*." [sin cursiva en el original]; Sinclair, nota 24 *supra*, en especial pág. 138: "[...] paragraph 3(b) of Article 31 of the Convention [covers] only a specific form of subsequent practice – that is to say, *concordant subsequent practice common to all the parties*. *Subsequent practice which does not fall within this narrow definition may nonetheless constitute a supplementary means of interpretation with the meaning of Article 32 of the Convention*" [sin cursiva en el original]; S. Torres Bernárdez, "Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties" en G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Suchapira-Behrmann, K. Zemanek, (eds.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday* (Kluwer Law International, 1998), pág. 721, en especial pág. 726; M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), págs. 431 y 432.

medio de interpretación complementario. Ahora bien, esa práctica también podía constituir un medio de interpretación complementario pertinente en determinadas circunstancias⁴⁵. No obstante, dicha práctica va más allá de la cuestión que está examinando la Comisión en el marco del presente tema, excepto en la medida en que pueda contribuir a "evaluar" la práctica pertinente ulteriormente seguida en la aplicación de un tratado (véase el proyecto de conclusión 5 y el comentario correspondiente). Así pues, en el párrafo 4 del proyecto de conclusión 1 se exige que cualquier práctica ulterior se haya seguido "en la aplicación del tratado", al igual que el párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, donde se define "otra 'práctica ulterior'".

12) La Comisión consideró importante terminar el proyecto de conclusión 1 haciendo hincapié en el párrafo 5⁴⁶ en que, a pesar de la estructura del proyecto de conclusión 1, que va de lo general a lo particular, el proceso de interpretación es "una sola operación combinada" que exige que se preste "la debida atención" a los diversos medios de interpretación⁴⁷. La expresión "una sola operación combinada" procede del comentario de la Comisión sobre el Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966⁴⁸. En ese contexto, la Comisión también dijo que deseaba "subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad"⁴⁹.

13) El párrafo 5 del proyecto de conclusión 1 señala también que en el proceso de interpretación, como "una sola operación combinada", se ha de prestar la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados en los artículos 31 y 32. Sin embargo, la Comisión no consideró necesario incluir una referencia, a modo de ejemplo, a uno o varios medios de interpretación concretos en el texto del párrafo 5 del proyecto de conclusión 1⁵⁰. Así se evita que se malinterprete que alguno de los diversos medios tiene prioridad sobre los demás, independientemente de la disposición del tratado o del caso de que se trate.

14) En el párrafo 5 se utiliza la expresión "medios de interpretación", que abarca no solo los "medios de interpretación complementarios" mencionados en el artículo 32, sino también los elementos que figuran en el artículo 31⁵¹. Aunque en su comentario acerca del Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados la Comisión a veces había utilizado las expresiones "medios de interpretación" y "elementos de interpretación" indistintamente, a los efectos del presente tema, la Comisión conservó la expresión "medios de interpretación" porque también describe su función de herramienta o instrumento en el proceso de interpretación⁵². El término "medio" no establece diferencias entre los diversos

⁴⁵ L. Boisson de Chazournes, "Subsequent Practice, Practices, and 'Family Resemblance': Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu" en Nolte, nota 29 *supra*, pág. 53, en especial págs. 59 a 62.

⁴⁶ Primer informe, párr. 64, pág. 169; *Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time*, en Nolte, nota 29 *supra*, en especial págs. 171 y 177.

⁴⁷ Con respecto a la diferente función que pueden desempeñar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con otros medios de interpretación, véase el primer informe, párrs. 42 a 57; *Introductory Report for the ILC Study Group on Treaties over Time*, en Nolte, nota 29 *supra*, pág. 169, en especial pág. 183.

⁴⁸ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 241, párr. 8).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Se trataba de una propuesta del Relator Especial, véase el primer informe, párr. 28 ("1) Regla general y medios de interpretación de los tratados [...] La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión."). Véase también el análisis que figura en el primer informe, párrs. 8 a 27.

⁵¹ Véase también el comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 1; Villiger, nota 22 *supra*, pág. 129; Daillier y otros, nota 25 *supra*, en especial págs. 284 a 289.

⁵² Acta resumida provisional de la 3172ª sesión (A/CN.4/SR.3172).

elementos que se mencionan en los artículos 31 y 32. Indica más bien que cada uno de esos medios tiene una función en el proceso de interpretación, que es una "sola" operación y al mismo tiempo una operación "combinada"⁵³. Al igual que los tribunales suelen comenzar su razonamiento considerando los términos del tratado, para luego analizar, en un proceso interactivo⁵⁴, esos términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado⁵⁵ en cualquier caso de interpretación de los tratados debe determinarse en primer lugar la pertinencia concreta de los diversos medios de interpretación antes de que puedan "mezclarse" en el crisol⁵⁶ para lograr una interpretación correcta, otorgándoles la debida importancia en relación con los demás.

15) Durante la interpretación de un tratado en casos concretos, la obligación de prestar "la debida atención a los diversos medios de interpretación" podrá dar lugar a que se haga diferente hincapié en los diversos medios de interpretación, según el tratado o las disposiciones del tratado en cuestión⁵⁷. Esto no quiere decir que un tribunal o cualquier otro intérprete sea más o menos libre de elegir la manera de utilizar y aplicar los diversos medios de interpretación. Lo que guía la interpretación es la evaluación del intérprete, que consiste en determinar la pertinencia de esos medios en un caso concreto y su interacción con los demás medios de interpretación en ese caso, prestándoles la debida atención y de buena fe, como exige la regla que se va a aplicar. La evaluación debería incluir, si es posible y factible, un examen de las evaluaciones y decisiones anteriores pertinentes en la misma esfera y quizá también en otras⁵⁸.

16) La Comisión debatió acerca de si sería apropiado hacer referencia, en el proyecto de conclusión 1, a la "naturaleza" del tratado como un elemento que suele ser pertinente para determinar la conveniencia de otorgar más o menos importancia a determinados medios de interpretación⁵⁹. Algunos miembros opinaban que la naturaleza objeto del tratado (por ejemplo, el hecho de que las disposiciones se refieran a cuestiones puramente económicas o que se ocupen más bien de los derechos humanos de la persona, y que las normas del tratado sean más técnicas o estén más orientadas a la promoción de los valores), así como su estructura básica y su función (por ejemplo, que las disposiciones tengan un carácter más recíproco o estén más orientadas a proteger un bien común), pueden influir en la interpretación. Señalaron que la jurisprudencia de los diferentes tribunales judiciales y

⁵³ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 241, párr. 8).

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Anuario...*, 1966, págs. 240 y 241, párr. 6); Yasseen, nota 24 *supra*, en especial pág. 58; Sinclair, nota 24 *supra*, en especial pág. 130; J. Klabbers, "Treaties, Object and Purpose", *Max Planck Encyclopedia on Public International Law* (<http://www.mpepil.com>), párr. 7; Villiger, *Commentary*, nota 44 *supra*, en especial pág. 427, párr. 11; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Competencia y Admisibilidad, *Judgment, I.C.J. Reports 1988*, pág. 69, en especial pág. 89, párrs. 45 y 46; *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, Decisión de 30 de junio de 1977, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 3, en especial págs. 32 a 35, párr. 39.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Primer informe, proyecto de conclusión 1, párr. 2), en especial párr. 28, y, en general, párrs. 10 a 27.

⁵⁸ En el primer informe, *ibid.*, se hace referencia a la jurisprudencia de los diferentes tribunales y cortes internacionales como ejemplos de la manera en que la importancia que se otorga a un medio en el proceso de interpretación pone de manifiesto el grado en que determinados casos de acuerdos ulteriores y prácticas ulteriormente seguidas han contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁵⁹ Véase el primer informe, *ibid.*, proyecto de conclusión 1, párr. 2), y el análisis de los párrafos 8 a 28.

arbitrales internacionales daba a entender que así era⁶⁰. También se mencionó que el concepto de "naturaleza" de un tratado no era ajeno a la Convención de Viena (véase, por ejemplo, el artículo 56 1) a))⁶¹ y que el concepto de "naturaleza" de un tratado y/o de las disposiciones del tratado se había incluido en otros trabajos de la Comisión, en particular en relación con el tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados⁶². Sin embargo, en opinión de otros miembros, el proyecto de conclusión no debía referirse a la "naturaleza" del tratado, a fin de preservar la unidad del proceso de interpretación y evitar cualquier tipología de los tratados. También se señaló que la noción de "naturaleza del tratado" no estaba clara y sería difícil distinguirla del objeto y fin del tratado⁶³. Finalmente, la Comisión decidió dejar abierta la cuestión y no hacer referencia a la naturaleza del tratado en el proyecto de conclusión 1 por el momento.

Conclusión 2

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31 3) a) y b), que constituyen una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31.

⁶⁰ Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, por ejemplo, parecen hacer más hincapié en los términos del acuerdo abarcado por la OMC de que se trate (por ejemplo, informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, 21 de julio de 2000, WT/DS46/AB/RW, párr. 45), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacan el carácter de la Convención como tratado de derechos humanos (por ejemplo, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], sentencia, 4 de febrero de 2005, demandas N^{os} 46827/99 y 46951/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-I, párr. 111; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N^o 16, párr. 58); véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N^o 10 (A/66/10 y Add.1)*, págs. 281 y 282, y "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time", en Nolte, nota 29 *supra*, págs. 216, 244 a 246, 249 a 262 y 270 a 275.

⁶¹ M. Forteau, "Les Techniques Interpretatives de la Cour Internationale de Justice", *Revue générale de droit international public*, vol. 115 (2011), pág. 399, en especial págs. 406 y 407 y 416; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva (voto particular concurrente del Magistrado Dillard), *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en especial pág. 138 y pág. 154, nota 1.

⁶² Artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (art. 6 a)), resolución 66/99 de la Asamblea General, anexo; véase también la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N^o 10 (A/66/10 y Add.1)* (la directriz 4.2.5 se refiere a la naturaleza de las obligaciones del tratado, más que a la naturaleza del tratado en sí).

⁶³ Según el comentario de la directriz 4.2.5 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, es difícil distinguir entre la naturaleza de las obligaciones del tratado y el objeto y fin del tratado. Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, comentario de la directriz 4.2.5, párr. 3), en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N^o 10 (A/66/10 y Add.1)*. Por otra parte, el proyecto de artículo 6 de los Artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados enumera "una serie de factores relacionados con la naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado", *ibid.*, comentario del artículo 6, párr. 3).

Comentario

1) Al calificar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31 3) a) y b) de la Convención de Viena como "medios auténticos de interpretación", la Comisión indica la razón por la cual esos medios son importantes para la interpretación de los tratados⁶⁴. La Comisión sigue de esta manera el comentario formulado en 1966 acerca del Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que describía los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior contenidos en el artículo 31 3) a) y b) como "medios auténticos de interpretación" y señalaba:

"Es evidente la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado."⁶⁵

2) Sin embargo, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31 3) a) y b) no son los únicos "medios auténticos de interpretación". Analizar el sentido corriente del texto del tratado, en particular, también es un medio de esta índole. Como ha explicado la Comisión:

"[...] el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes [...], haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado."⁶⁶

Por lo tanto, el término "auténtico" se refiere a las diferentes formas de "prueba objetiva" o "prueba del comportamiento" de las partes, que refleja la "coincidencia de pareceres entre las partes" en cuanto al sentido del tratado.

3) Al describir los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a tenor del artículo 31 3) a) y b) como medios "auténticos" de interpretación, la Comisión reconoce que la voluntad común de las partes, de la que dimana cualquier tratado, posee una autoridad específica en relación con la determinación del sentido del tratado, incluso después de la celebración de este. Así pues, la Convención de Viena otorga a las partes en un tratado un papel que puede ser poco frecuente en lo que respecta a la interpretación de los instrumentos jurídicos en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

4) Sin embargo, el carácter de "medios auténticos de interpretación" de los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes en el sentido del artículo 31 3) a) y b) no implica, sin embargo, que esos medios surtan necesariamente efectos concluyentes o jurídicamente vinculantes. De acuerdo con el encabezamiento del artículo 31 3), los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, después de todo, solo "habrá[n]

⁶⁴ Véase R. Jennings, A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (Longman, 9ª edición, 1992), vol. 1, pág. 1268, párr. 630; G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points", *British Yearbook of International Law* 1957, vol. 33, pág. 203, en especial págs. 223 a 225; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, WT/DS353/R, 31 de marzo de 2011, párr. 7953.

⁶⁵ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 15).

⁶⁶ *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 199, párr. 15); véase también *ibid.*, pág. 198, párr. 13): "El párrafo 3 especifica como *otros* elementos auténticos de interpretación los siguientes: a) los acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y b) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación." [sin cursiva en el original]; en cambio, Waldock explicaba que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación, véase *ibid.*, págs. 56 y 57, párr. 21).

de tenerse en cuenta" en la interpretación del tratado, que consiste en una "sola operación combinada" en la que no existe una jerarquía entre los medios de interpretación enumerados en el artículo 31⁶⁷. Por esta razón, y contrariamente a la opinión de algunos autores⁶⁸, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado no son necesariamente concluyentes ni jurídicamente vinculantes⁶⁹. Por lo tanto, cuando la Comisión señaló que un "acuerdo ulterior" constituía "una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado"⁷⁰, no fue tan lejos como para afirmar que esa interpretación fuera necesariamente concluyente en el sentido de prevalecer sobre los demás medios de interpretación.

5) Eso no impide que las partes en un tratado, si lo desean, puedan llegar a un acuerdo vinculante respecto de la interpretación de un tratado. El Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Sir Humphrey Waldock, afirmó en su tercer informe sobre el tema que puede ser difícil distinguir la práctica ulteriormente seguida por las partes conforme a la disposición que se convirtió en el artículo 31 3) a) y b) —que solo ha de tenerse en cuenta, entre otros medios, en el proceso de interpretación— de un acuerdo ulterior que las partes consideren vinculante:

"La práctica posterior cuando es uniforme y la siguen todas las partes, puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido que deba atribuirse al tratado, *al menos* cuando indica que las partes consideran que están obligadas por la interpretación. En estos casos, la práctica posterior como elemento de la interpretación del tratado y como elemento de la formación de un acuerdo tácito se superponen y el sentido que se deriva de esa práctica se convierte en una interpretación auténtica establecida por acuerdo"⁷¹ [sin cursiva en el original].

Mientras que la opinión inicial de Waldock de que la práctica ulterior (simplemente) acordada "puede llegar a ser un elemento decisivo para determinar el sentido" al final no se adoptó en la Convención de Viena, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado deben ser concluyentes con respecto a dicha interpretación cuando "las partes consideran que están

⁶⁷ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 241, párrs. 8) y 9).

⁶⁸ M. E. Villiger, "The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission" en E. Cannizaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), pág. 105, en especial pág. 111; Gardiner, nota 23 *supra*, en especial pág. 32; O. Dörr, "Commentary on Article 31 of the Vienna Convention" en O. Dörr, K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Springer, 2012), pág. 521, en especial págs. 553 y 554, párrs. 72 a 75; K. Skubiszewski, "Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter" en R. Bernhardt y otros (eds.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler* (Springer, 1983), pág. 891, en especial pág. 898.

⁶⁹ H. Fox, "Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the Kasikili Sedudu Island Case" en M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), pág. 59, en especial págs. 61 y 62; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (Bruylant, 2013), págs. 313 a 315; M. Benatar, "From Probative Value to Authentic Interpretation: The Legal Effect of Interpretative Declarations", *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), pág. 170, en especial págs. 194 y 195; con reservas: J. M. Sorel, B. Eveno, "Commentary on Article 31 of the Vienna Convention" en O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (Oxford University Press, 2011), vol. I, pág. 804, en especial pág. 826, párrs. 42 y 43; véase también "Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time", en Nolte, nota 29 *supra*, pág. 307, pág. 375, párr. 16.4.3.

⁷⁰ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 14).

⁷¹ Waldock, Tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 58, párr. 25).

obligadas por la interpretación". Sin embargo, siempre puede suceder que las disposiciones del derecho interno prohíban al gobierno de un Estado que llegue a un acuerdo vinculante en esos casos sin que se cumplan ciertos requisitos —en su mayoría procedimentales— con arreglo a su constitución⁷².

6) La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo interpretativo ulterior de carácter vinculante está particularmente clara en los casos en que el propio tratado así lo prevé. El artículo 1131 2) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por ejemplo, establece que "[l]a interpretación que formule la Comisión [intergubernamental] sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección". La existencia de tal procedimiento especial o de un acuerdo sobre la interpretación autorizada de un tratado que las partes consideren vinculante puede excluir, o no, el recurso adicional a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior indicados en virtud del artículo 31 3) a) y b)⁷³.

7) La Comisión ha seguido utilizando el término "medios auténticos de interpretación" para describir el carácter no necesariamente concluyente, pero más o menos fehaciente, de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31 3) a) y b). La Comisión no ha empleado los términos "interpretación auténtica" o "interpretación que hace fe" en el proyecto de conclusión 2 porque esos conceptos se entienden a menudo en el sentido de un acuerdo necesariamente concluyente o vinculante entre las partes sobre la interpretación de un tratado⁷⁴.

8) La expresión "medios auténticos de interpretación" comprende un elemento fáctico y otro jurídico. El elemento fáctico se indica mediante la expresión "prueba objetiva", mientras que el elemento jurídico figura en el concepto de "acuerdo de las partes". En consecuencia, la Comisión calificó un "acuerdo ulterior" como "una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado"⁷⁵ y posteriormente declaró que la práctica ulterior "análogamente [...] constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado"⁷⁶. Dado el carácter de los tratados como encarnación de la voluntad común de las partes, la "prueba objetiva" del "acuerdo de las partes" tiene una autoridad considerable como medio de interpretación⁷⁷.

9) La distinción entre cualquier "acuerdo ulterior" (art. 31 3) a)) y una "práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" (art. 31 3) b)) no

⁷² Esta cuestión sea abordará en una fase ulterior de los trabajos sobre el tema.

⁷³ Esta cuestión se analizará de manera más pormenorizada en una fase ulterior de la labor sobre el tema; véase también Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1867, N° 31874, pág. 3, art. IX, párr. 12, e informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 de septiembre de 2005, párr. 273; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *CE – Banano III*, Segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008, párrs. 383 y 390.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 9 de agosto de 2005, parte II, cap. H, párr. 23 (con referencia a Jennings, Watts (eds.), nota 64 *supra*, pág. 1268, párr. 630); Gardiner, nota 23 *supra*, en especial pág. 32; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (Springer, 2007), pág. 153; K. Skubiszewski, nota 68 *supra*, en especial pág. 898; G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), pág. 43; véase también el "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time", en Nolte, nota 29 *supra*, pág. 242, párr. 4.5.

⁷⁵ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 14).

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 243, párr. 15).

⁷⁷ Gardiner, nota 23 *supra*, en especial págs. 32, 354 y 355; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, nota 74 *supra*, en especial págs. 152 y 153.

denota una diferencia con respecto a su carácter auténtico⁷⁸. La Comisión considera más bien que un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones" tiene *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, mientras que una "práctica ulterior" solo tiene ese efecto según "el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto"⁷⁹. Por lo tanto, la diferencia entre un "acuerdo ulterior entre las partes" y una "práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" reside en la forma de constatar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado, consistiendo la diferencia en la mayor facilidad para constatar la existencia de un acuerdo⁸⁰.

10) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación de los tratados no se deben confundir con la interpretación de los tratados por los tribunales judiciales y arbitrales internacionales o los órganos creados en virtud de tratados en casos específicos. Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31 3) a) y b) son medios "auténticos" de interpretación porque son expresiones del sentido atribuido al tratado por los propios Estados partes. La autoridad de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados procede más bien de otras fuentes, la mayoría de las veces del tratado que se debe interpretar. Sin embargo, las sentencias y demás resoluciones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados pueden ser indirectamente pertinentes para la determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación si reflejan tales acuerdos ulteriores y práctica ulterior de las partes mismas o los inspiran⁸¹.

11) Los proyectos de conclusión 1 y 4 distinguen entre la "práctica ulterior" por la que consta el acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, por un lado, y otra práctica ulterior (en un sentido amplio) de una o varias partes en el tratado, pero no todas, que pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32⁸². Esa "otra" práctica interpretativa ulterior por la cual no conste el acuerdo de todas las partes no puede constituir una interpretación "auténtica" de un tratado por todas sus partes y por lo tanto no tendrá el mismo peso a los efectos de la interpretación⁸³.

12) La última parte del proyecto de conclusión 2 deja claro que la utilización de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación debe tener lugar en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena.

⁷⁸ Primer informe, pág. 33.

⁷⁹ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 15); W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983), pág. 294.

⁸⁰ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1087, párr. 63; véase también el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente.

⁸¹ Este aspecto se abordará con más detalle en una etapa posterior de la labor sobre el tema; véase por ejemplo el "Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time", en Nolte, nota 29 *supra*, págs. 381 y ss., párr. 17.3.1.

⁸² Véase en particular el comentario del proyecto de conclusión 4.3, párrs. 22) a 36).

⁸³ Véase en más detalle el comentario de los proyectos de conclusión 1.4, párrs. 9) a 11), y 4.3, párr. 34).

Conclusión 3

Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Comentario

- 1) El proyecto de conclusión 3 aborda el papel que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden desempeñar en el contexto de la cuestión más general de si el sentido de un término de un tratado es susceptible de evolucionar con el tiempo.
- 2) En el caso de los tratados, la cuestión del denominado derecho intertemporal⁸⁴ se ha planteado tradicionalmente en términos de si un tratado debe interpretarse a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su celebración (interpretación "contemporánea" o "estática") o a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su aplicación (interpretación "evolutiva" o "dinámica")⁸⁵. La observación incidental del árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas*, según la cual "un acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época"⁸⁶, condujo a muchos tribunales judiciales y arbitrales internacionales, así como a muchos tratadistas, a favorecer de manera general la interpretación contemporánea⁸⁷. Al mismo tiempo, el Tribunal que conoció del asunto *Rin de Hierro* constató⁸⁸ que "una interpretación evolutiva de los tratados obtiene el apoyo general de los principales tratadistas".
- 3) La Comisión, en su comentario acerca del Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, consideró en 1966 que "sería difícil formular una norma que abarcara totalmente el elemento temporal" y, por ello, "decidió omitir el elemento temporal"⁸⁹. Del mismo modo, los debates en el seno del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la

⁸⁴ T. O. Elias, "The Doctrine of Intertemporal Law", *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), págs. 285 y ss.; D. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2003); M. Fitzmaurice, "Dynamic (Evolutionary) Interpretation of Treaties, Part I", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21 (2008), págs. 101 y ss.; M. Kotzur, "Intertemporal Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>); U. Linderfalk, "Doing the Right Thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties", *International Community Law Review*, vol. 10 (2008), págs. 109 y ss.; A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed. (Duncker & Humblot, 1984), págs. 496 y ss., párrs. 782 y ss.

⁸⁵ M. Fitzmaurice, nota 84 *supra*, págs. 101 y ss.

⁸⁶ *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*, laudo, 4 de abril de 1928, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 2, pág. 829, en especial pág. 845.

⁸⁷ *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 202 y 203, párr. 11).

⁸⁸ *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. Netherlands)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXVII, pág. 35, en especial párr. 81; véase, por ejemplo, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2ª ed. (Cambridge University Press, 2007), págs. 243 y 244; M. Fitzmaurice, nota 84 *supra*, en especial págs. 29 a 31; G. Di Stefano, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115 (2011-II), pág. 373, en especial págs. 384 y 389 y ss.; R. Higgins, "Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law", en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), pág. 173, en especial págs. 174 y ss.; Sorel y Boré Eveno, nota 69 *supra*, en especial pág. 808, párr. 8; P.-M. Dupuy, "Evolutionary interpretation of treaties", en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), pág. 123, en especial págs. 125 y ss.; M. Kotzur, "Intertemporal Law", nota 84 *supra*, en especial párr. 14.

⁸⁹ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 222, párr. 16); R. Higgins, nota 84 *supra*.

fragmentación llevaron a la conclusión en 2006 de que era difícil formular y llegar a un acuerdo sobre una norma general que diera preferencia a un principio de interpretación contemporánea o a un principio que reconociera de forma general la necesidad de tener en cuenta la "evolución del sentido" de los tratados⁹⁰.

4) No se debe entender que el proyecto de conclusión 3 tome partido con respecto a la idoneidad de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general. El proyecto de conclusión 3 destaca más bien que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como cualquier otro medio de interpretación de los tratados, pueden apoyar una interpretación tanto contemporánea como evolutiva, según proceda. La Comisión, por lo tanto, llegó a la conclusión de que esos medios de interpretación de los tratados pueden ayudar a determinar si una interpretación evolutiva *es o no* adecuada en relación con un término concreto de un tratado.

5) La jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales confirma este planteamiento. Los diversos tribunales judiciales y arbitrales internacionales que han utilizado la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque caso por caso para determinar, mediante el recurso a los diversos medios de interpretación de los tratados a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32, si conviene o no atribuir a un término de un tratado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

6) Se considera que la Corte Internacional de Justicia, en particular, ha seguido dos tendencias en su jurisprudencia, una a favor de una interpretación más "contemporánea" y la otra a favor de una interpretación más "evolutiva", como señaló el juez *ad hoc* Guillaume en su declaración en la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*⁹¹. Las resoluciones que favorecen un enfoque más contemporáneo conciernen principalmente a términos específicos de los tratados ("repartición de las aguas"⁹²; "canal principal o Thalweg"⁹³; nombres de lugares⁹⁴; "desembocadura" de un río⁹⁵). Por otra parte, los casos en los que se apoya una interpretación evolutiva parecen estar relacionados con términos más generales. Así ocurre, en particular, con los términos que son "por definición evolutivos", como las expresiones "las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno" o "el bienestar y desarrollo de esos pueblos" que figuraban en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión

⁹⁰ Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006, A/CN.4/L.682 y Corr.1, párr. 478.

⁹¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentencia, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, declaración del juez *ad hoc* Guillaume, pág. 290, en especial págs. 294 y ss., párrs. 9 y ss.; véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 479; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1, párr. 478); resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre "Le problème intertemporel en droit international public", *Annuaire de l'Institut de droit international* (1975), págs. 536 y ss.

⁹² *Case concerning a boundary dispute between Argentine and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, decisión de 21 de octubre de 1994, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXII, pág. 3, en especial pág. 43, párr. 130; véase también, con respecto a la expresión "línea divisoria de las aguas", *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment (merits)*, *I.C.J. Reports 1962*, pág. 6, en especial págs. 16 a 22.

⁹³ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, sentencia, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1056, en especial págs. 1060 y 1061, párrs. 21 y 25.

⁹⁴ *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV, pág. 83, párr. 110, párr. 3.5.

⁹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 303, en especial pág. 339, párr. 48 y pág. 346, párr. 59.

consultiva sobre *Namibia*, dio a esos términos un sentido evolutivo haciendo referencia a la evolución del derecho de los pueblos a la libre determinación después de la Segunda Guerra Mundial⁹⁶. El carácter "genérico" de un término concreto en un tratado⁹⁷ y el hecho de que el tratado esté concebido para que tenga una duración continuada⁹⁸ también pueden dar lugar a un sentido evolutivo.

7) Otros órganos judiciales internacionales también utilizan en ocasiones un enfoque evolutivo de la interpretación, aunque muestran diferentes grados de apertura a esa interpretación. El Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio ha recurrido solo ocasionalmente a la interpretación evolutiva. Sin embargo, en un caso muy conocido sostuvo que "el término genérico 'recursos naturales' del párrafo g) del artículo XX no es 'estático' en su contenido o en sus referencias sino más bien 'por definición, evolutivo'⁹⁹. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha sostenido que el sentido atribuido a ciertas "obligaciones de velar"¹⁰⁰ puede cambiar con el tiempo¹⁰¹ y ha hecho hincapié en que las normas sobre la responsabilidad de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden seguir la evolución del derecho y "no se consideran estáticas"¹⁰². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido de forma más general que "el Convenio es un instrumento vivo que se debe interpretar [...] a la luz de las condiciones de vida actuales"¹⁰³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también de forma más general sigue un enfoque evolutivo en materia de interpretación, en particular en el marco de su aplicación del principio denominado *pro homine*¹⁰⁴. En el asunto del *Rin de Hierro*, el tribunal arbitral estimó que la viabilidad y la eficacia continuadas de un acuerdo ferroviario transfronterizo multidimensional era una razón suficientemente

⁹⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en especial pág. 31, párr. 53.

⁹⁷ *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1978*, pág. 3, en especial pág. 32, párr. 77; Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 478.

⁹⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 243, párr. 66.

⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Camarón*, WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párr. 130.

¹⁰⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, N° 31383, pág. 3, artículo 153 4) y artículo 4 4) del anexo III.

¹⁰¹ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, *ITLOS Reports 2011*, pág. 10, en especial párr. 117.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 211.

¹⁰³ *Tyrer v. the United Kingdom* (1978), sentencia, demanda N° 5856/72, Serie A, N° 26, párr. 31.

¹⁰⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva, 2 de octubre de 1999, OC-16/99, párr. 114 ("Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer v. United Kingdom* (1978), *Marckx v. Belgium* (1979), *Loizidou v. Turkey* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales." (se han omitido las notas)).

importante para que incluso normas bastante técnicas fueran objeto de una interpretación evolutiva¹⁰⁵.

8) En definitiva, la mayoría de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales no han reconocido la interpretación evolutiva como una forma distinta de interpretación, sino que han llegado a esa interpretación evolutiva en aplicación de los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, considerando ciertos criterios (en particular los mencionados en el párrafo 6) *supra*) caso por caso. Por lo tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de un término a lo largo del tiempo debe estar justificada como consecuencia del proceso ordinario de interpretación de los tratados¹⁰⁶.

9) La Comisión considera que esa situación confirma su planteamiento original de la interpretación de los tratados:

"[...] el criterio de la Comisión en lo que atañe a la interpretación de los tratados se basa en que debe presumirse que el texto del tratado es expresión auténtica de la intención de las partes y en que la dilucidación del sentido del texto, y no una investigación *ab initio* de la supuesta intención de las partes, es lo que constituye el objeto de la interpretación [...] haciendo del sentido corriente de los términos, del contexto del tratado, de sus objetivos y fines y de las normas generales de derecho internacional, junto con las interpretaciones auténticas de las propias partes, los criterios primordiales para interpretar un tratado."¹⁰⁷

En consecuencia, en el proyecto de conclusión 3, la expresión "intención presunta" se entiende como la intención de las partes tal como ha sido determinada mediante la aplicación de los diversos medios de interpretación reconocidos en los artículos 31 y 32. Por lo tanto, la "intención presunta" no es una voluntad original que se pueda determinar por separado y los trabajos preparatorios no son el elemento primordial en que conviene basarse para determinar la intención presunta de las partes, sino que solo son, como indica el artículo 32, un medio de interpretación complementario. Y aunque la interpretación debe tratar de determinar la intención de las partes, el intérprete se debe basar para ello en los medios de interpretación de los que se disponga en el momento de la interpretación, entre los que figuran los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes en el tratado. Así pues, el intérprete tiene que responder a la pregunta de si puede presumirse que tenían la intención, al celebrar un tratado, de atribuir a un término utilizado en sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

¹⁰⁵ *Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. Netherlands)*, laudo, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXVII, pág. 35, en especial párr. 80: "en este caso, no se trata de un término conceptual o genérico, sino de avances técnicos en relación con el funcionamiento y la capacidad del ferrocarril"; véase también *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, *I.C.J. Reports 1978*, pág. 3, en especial pág. 32, párr. 77; véase *Case concerning the delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, laudo, 31 de julio de 1989, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 119, en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

¹⁰⁶ Como se señala en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación, "el punto de partida debe ser [...] el hecho de que adoptar una decisión al respecto [de la interpretación evolutiva] es una cuestión de interpretación del propio tratado", informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, 2006 (A/CN.4/L.682 y Corr.1), párr. 478.

¹⁰⁷ *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 199, párr. 15); véase también *ibid.*, pág. 198, párr. 13): "El párrafo 3 especifica como otros elementos auténticos de interpretación los siguientes: a) los acuerdos entre las partes relativos a la interpretación del tratado; y b) toda práctica posterior en la aplicación del tratado que denote claramente el acuerdo de todas las partes respecto de su interpretación."; por otro lado, Waldock explicó que los trabajos preparatorios no son, como tales, medios auténticos de interpretación, véase *ibid.*, pág. 57, párr. 21).

10) El proyecto de conclusión 3 no toma partido sobre la cuestión de la conveniencia de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general (véase *supra*, párrafo 4) del comentario). Hay que entender, sin embargo, que requiere que se haga muestra de cierta prudencia antes de concluir a favor de un enfoque evolutivo en un caso concreto. Con ese fin, el proyecto de conclusión 3 señala los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medio de interpretación que puede ofrecer indicaciones útiles al intérprete para evaluar, como parte del proceso ordinario de interpretación de los tratados, si el sentido de un término es susceptible de evolucionar con el tiempo¹⁰⁸.

11) Ese planteamiento se basa en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales, que abundan en el mismo sentido. En su opinión consultiva sobre *Namibia* la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para formular las conclusiones que derivaba de la naturaleza intrínsecamente evolutiva del derecho a la libre determinación¹⁰⁹. En la causa de la *Plataforma continental del Mar Egeo*, la Corte consideró "significativo" que la práctica administrativa de las Naciones Unidas y el comportamiento de la parte que había invocado la interpretación restrictiva en un contexto diferente confirmaban lo que había considerado el "sentido corriente y genérico" de la expresión "estatuto territorial"¹¹⁰. En cualquier caso, las resoluciones en las que la Corte Internacional de Justicia ha adoptado una interpretación evolutiva no se han desviado del posible sentido del texto ni de la intención presunta de las partes en el tratado, como se habían expresado también en los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior¹¹¹.

12) El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* es otro ejemplo de la manera como los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes pueden ayudar a determinar si se ha de dar a un término un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. Al interpretar el término "comercio" en un tratado de 1858, la Corte sostuvo:

Por un lado, la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, puede dar lugar a una desviación de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro lado, hay situaciones en que la intención de las partes al celebrar el tratado era [...] dar a los términos utilizados [...] un sentido o un contenido susceptible de evolucionar, no establecido de una vez por todas, para tener en cuenta, entre otras cosas, la evolución del derecho internacional¹¹².

La Corte señaló después que el término "comercio" era un "término genérico", cuyo "sentido las partes no podían ignorar que era susceptible de evolucionar con el tiempo" y que "el tratado en cuestión [había] sido celebrado para un período muy largo", lo que la

¹⁰⁸ Véase también Gardiner, nota 23 *supra*, en especial págs. 253 y 254; R. Kolb, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruylant, 2006), págs. 488 a 501; J. Arato, "Subsequent practice and evolutive interpretation", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9 (2010), pág. 443, en especial págs. 444, 445, 465 y ss.

¹⁰⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en especial págs. 30 y 31, párrs. 49 a 51.

¹¹⁰ *Aegean Sea Continental Shelf case (Greece v. Turkey)*, *I.C.J. Reports 1978*, pág. 3, en especial pág. 31, párr. 74.

¹¹¹ Véase también *Case concerning the delimitation of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)*, laudo, 31 de julio de 1989, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 119, en especial págs. 151 y 152, párr. 85.

¹¹² *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213, en especial pág. 242, párr. 64.

llevó a concluir que "las partes presuntamente [...] [habían] tenido la intención de atribuir" a ese término "un sentido evolutivo"¹¹³. En su voto particular, el Magistrado Skotnikov, aunque discrepaba de ese razonamiento, llegó en última instancia a la misma conclusión al constatar la existencia de una práctica ulterior más reciente de Costa Rica relacionada con el turismo en el río San Juan "durante al menos un decenio" contra la que Nicaragua no había "protestado nunca" sino que había "sistemáticamente autorizado la navegación turística" lo que indicaba, a su juicio, que "las partes [habían] llegado a un acuerdo en cuanto a su interpretación"¹¹⁴.

13) El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia a veces ha tenido en cuenta formas más generales de práctica de los Estados, en particular la evolución de la legislación de los Estados que, a su vez, puede dar lugar a un cambio en la interpretación del alcance de los delitos o sus elementos. En el asunto *Furundžija*, por ejemplo, la Sala del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en busca de una definición del delito de violación prohibido por el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, el artículo 76 1) del primer Protocolo Adicional y el artículo 4 2) e) del segundo Protocolo Adicional¹¹⁵, examinó los principios de derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo y sostuvo:

"que se puede discernir en la legislación nacional de varios Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos tipificados previamente como delitos comparativamente menos graves, es decir, la agresión sexual o el atentado contra el pudor. Esa tendencia muestra que en el plano nacional los Estados tienden a adoptar una actitud más estricta con respecto a las formas graves de agresión sexual."¹¹⁶

14) El enfoque del "instrumento vivo" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se basa, entre otras cosas, en diferentes formas de práctica ulterior¹¹⁷. Si bien el Tribunal no requiere por lo general "el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en el sentido del artículo 31 3) b), las resoluciones en las que adopta un enfoque evolutivo suelen estar apoyadas por una relación detallada de práctica (estatal, social y jurídica internacional) posterior¹¹⁸.

15) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de su relativamente poco frecuente mención de la práctica ulterior, tiene en cuenta a menudo evoluciones más generales en el ámbito internacional, enfoque que se sitúa en algún lugar entre la práctica

¹¹³ *Ibid.*, párrs. 66 a 68.

¹¹⁴ *Ibid.*, voto particular concurrente del Magistrado Skotnikov, pág. 283, en especial pág. 285, párrs. 9 y 10.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 10 de diciembre de 1998, ICTY-95-17/1, párrs. 165 y ss.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 179; asimismo *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Sala de Primera Instancia I, sentencia, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-A, párrs. 220 y ss., en particular el párrafo 228.

¹¹⁷ "Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time", en Nolte, nota 29 *supra*, pág. 213, en especial págs. 246 y ss.

¹¹⁸ *Öcalan v. Turkey*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 12 de mayo de 2005, demanda N° 46221/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2005-IV, párr. 163; *Vo v. France* [GC], sentencia, 8 de julio de 2004, demanda N° 53924/00, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-VIII, párrs. 4 y 70; *Johnston et al. v. Ireland*, sentencia, 18 de diciembre de 1986, demanda N° 9697/82, Serie A, N° 112, párr. 53; *Bayatyan v. Armenia* [GC], sentencia, 7 de julio de 2011, demanda N° 23459/03, párr. 63; *Soering v. the United Kingdom*, sentencia, 7 de julio de 1989, demanda N° 14038/88, Serie A, N° 161, párr. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, sentencia, 4 de octubre de 2010, demanda N° 61498/08, párrs. 119 y 120; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 12 de noviembre de 2008, demanda N° 34503/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008, párr. 76.

ulterior y "toda norma pertinente" a tenor del artículo 31 3) c)¹¹⁹. En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, por ejemplo, la Corte señaló que:

"dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales."¹²⁰

16) El Comité de Derechos Humanos también adopta en ocasiones un enfoque evolutivo que se basa en los cambios ocurridos en la práctica de los Estados. Así, en *Judge c. el Canadá*, el Comité abandonó el precedente *Kindler*¹²¹, explicando lo siguiente:

"El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que han mantenido la pena de muerte, un consenso creciente para no ejecutarla."¹²²

En *Yoon y Choi*, el Comité subrayó que el sentido de cualquier derecho contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos evolucionaba con el tiempo y llegó a la conclusión de que el artículo 18 3) ofrecía en ese momento al menos algún tipo de protección frente a la obligación de actuar en contra de creencias religiosas genuinas. El Comité llegó a esa conclusión puesto que "un número cada vez mayor de los Estados partes en el Pacto que han conservado el servicio militar obligatorio han introducido alternativas al servicio militar obligatorio"¹²³.

17) Por último, los tribunales del CIADI han hecho hincapié en que la práctica ulterior puede ser un medio particularmente importante de interpretación de las disposiciones que las partes en el tratado tenían la intención de desarrollar a la luz de la práctica ulterior. En el caso *Mihaly International Corporation c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que:

"Ninguna de las partes afirmó que el Convenio del CIADI contuviera ninguna definición precisa *a priori* de 'inversión'. Por el contrario, la definición se dejó para la práctica ulterior de los Estados, preservando así su integridad y flexibilidad y permitiendo el futuro desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema de la inversión."¹²⁴

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sentencia, fondo, 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 4, párr. 151; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, opinión consultiva, 2 de octubre de 1999, OC-16/99, párrs. 130 a 133 y 137.

¹²⁰ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79, párr. 146; véase también *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva, 14 de julio de 1989, OC-10/89, Serie A, N° 10, párr. 38.

¹²¹ *Kindler c. el Canadá*, dictamen, 30 de julio de 1993, comunicación N° 470/1991, CCPR/C/48/D/470/1991.

¹²² *Judge c. el Canadá*, dictamen, 5 de agosto de 2002, comunicación N° 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998, párr. 10.3.

¹²³ *Yoon y Choi c. la República de Corea*, dictamen, 3 de noviembre de 2006, comunicaciones N°s 1321/2004 y 1322/2004, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, párr. 8.4.

¹²⁴ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/ Sri Lanka BIT), laudo y voto particular concurrente, 15 de marzo de 2002, caso N° ARB/00/2 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pág. 310, párr. 33; asimismo *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. la República Bolivariana de Venezuela*, decisión sobre la jurisdicción, 27 de septiembre de 2001, caso N° ARB/00/5 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), pág. 419, párr. 97.

18) Por lo tanto, la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y otros órganos creados en virtud de tratados confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 pueden ayudar a determinar si un término tiene un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. La palabra "término" no se limita a expresiones específicas (como "comercio", "estatuto territorial", "violación" o "inversión"), sino que también puede abarcar conceptos más interrelacionados o transversales (como "por ley" (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) o "necesarias" (artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), tal como existen, por ejemplo, en los tratados de derechos humanos). Los "términos" de un tratado, dado que son elementos de las normas en él enunciadas, abarcan por lo tanto las normas correspondientes.

Conclusión 4

Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior

1. Por "acuerdo ulterior" como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) a) se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado.

2. Por "práctica ulterior" como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) b) se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado.

3. Por otra "práctica ulterior" como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 define los tres diferentes medios "ulteriores" de la interpretación de los tratados que se mencionan en el proyecto de conclusión 1, párrafos 3 y 4, es decir, el "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31 3) a), la "práctica ulterior" en virtud del artículo 31 3) b) y la otra "práctica ulterior" en virtud del artículo 32.

2) En los tres casos, el término "ulterior" se refiere a actos que tienen lugar "después de la celebración del tratado"¹²⁵. Ese momento a menudo es anterior al momento en que el tratado entra en vigor (art. 24). Varias disposiciones de la Convención de Viena (por ejemplo, el artículo 18) muestran que un tratado puede haber quedado "celebrado" antes de su efectiva entrada en vigor¹²⁶. A los efectos del presente tema, se entiende por "celebración" cuando el texto del tratado ha quedado establecido como definitivo. Es después de la celebración de un tratado, y no solo después de su entrada en vigor, cuando los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden tener lugar. En efecto, no se alcanza a discernir por qué un acuerdo o una práctica que tengan lugar entre el momento en que el

¹²⁵ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 14).

¹²⁶ Brierly, Segundo informe sobre el derecho de los tratados *Yearbook...*, 1951, vol. II, págs. 70 y ss.; *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 111; S. Rosenne, "Treaties, Conclusion and Entry into Force" en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (North Holland Publishing, 2000), pág. 933 ("en rigor, es la negociación la que se celebra mediante un tratado"); Villiger, *Commentary*, nota 44 *supra*, en especial págs. 78 a 80, párrs. 9 a 14.

texto de un tratado ha quedado establecido como definitivo y la entrada en vigor de ese tratado no debería ser pertinente a los efectos de interpretación¹²⁷.

3) El artículo 31 2) de la Convención de Viena dispone que el "contexto" del tratado comprende ciertos "acuerdos" e "instrumentos"¹²⁸ que han sido concertados o formulados "con motivo de la celebración del tratado". La expresión "con motivo de la celebración del tratado" debe entenderse que abarca los acuerdos e instrumentos que se conciertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la celebración del tratado¹²⁹. Si se crean después de ese plazo, tales "acuerdos" y los "instrumentos" acordados constituyen "acuerdos ulteriores" o práctica ulterior en virtud del artículo 31 3)¹³⁰.

4) *El párrafo 1 del proyecto de conclusión 4* enuncia la definición de "acuerdo ulterior" según el artículo 31 3) a).

5) El artículo 31 3) a) emplea el término "acuerdo ulterior" y no el de "tratado ulterior". No obstante, un "acuerdo ulterior" no es necesariamente menos formal que un "tratado". Aunque un tratado en el sentido de la Convención de Viena debe celebrarse por escrito (art. 2 1) a)), el derecho internacional consuetudinario sobre los tratados no conoce tal requisito¹³¹. El término "acuerdo" en la Convención de Viena¹³² y en el derecho consuetudinario no implica un grado de formalidad determinado. El artículo 39 de la Convención de Viena, que enuncia la norma general según la cual "[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes", ha sido explicado por la Comisión diciendo que "[e]l acuerdo por el que se enmienda un tratado puede adoptar cualquier forma que las partes en el tratado original decidan"¹³³. De igual modo, la Convención de Viena no prevé

¹²⁷ Véase, por ejemplo, la Declaración sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad, acordada por los Estados partes en el MEDE, 27 de septiembre de 2012.

¹²⁸ Véase *Anuario...*, 1966, vol. II, págs. 242 y 243, párr. 13); el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha fallado que este término puede incluir las declaraciones unilaterales si la otra parte no hace objeciones a ellas, véase Tribunal Constitucional Federal alemán, *BVerfGE* vol. 40, pág. 141, en especial pág. 176. Véase en general, Gardiner, nota 23 *supra*, en especial págs. 215 y 216.

¹²⁹ Yasseen, nota 24 *supra*, en especial pág. 38, Jennings & Watts (eds.), nota 64 *supra*, pág. 1274, párr. 632 ("pero, por otro lado, el hecho de que haya transcurrido un período demasiado largo entre el tratado y el otro acuerdo podría impedir que se considere que este ha sido concertado con motivo de la 'celebración' del tratado").

¹³⁰ Véase *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 14); véase asimismo Villiger, *Commentary*, nota 44 *supra*, en especial pág. 431, párrs. 20 y 21; véase también K. J. Heller, "The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pág. 229, en especial pág. 237.

¹³¹ Villiger, *Commentary*, nota 44 *supra*, en especial pág. 80, párr. 15; P. Gautier, "Commentary on Article 2 of the Vienna Convention" en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. I (Oxford University Press, 2011), pág. 33, en especial págs. 38 a 40, párrs. 14 a 18; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International, 1996), págs. 49 y 50; véase también A. Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35 (1986), pág. 787, en especial págs. 794 y ss.

¹³² Véanse los artículos 2 1) a), 3, 34 2), 39 a 41, 58 y 60.

¹³³ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 255; véase también Villiger, *Commentary*, nota 44 *supra*, en especial, pág. 513, párr. 7; P. Sands, "Commentary on Article 39 of the Vienna Convention" en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. II (Oxford University Press, 2011), pág. 963, en especial págs. 971 y 972, párrs. 31 a 34.

ningún requisito formal particular para los acuerdos y la práctica en virtud del artículo 31 3) a) y b)¹³⁴.

6) Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. En efecto, todo "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31 3) a) solo "habrá de tenerse en cuenta" en la interpretación de un tratado. Por consiguiente, no es necesariamente vinculante. La cuestión de en qué circunstancias un acuerdo ulterior entre las partes es vinculante y en qué circunstancias es simplemente un medio de interpretación entre varios otros, se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el tema.

7) La Convención de Viena distingue entre un "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31 3) a) y "toda práctica ulteriormente seguida (...) por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" en virtud del artículo 31 3) b). Esta distinción no es siempre clara y la jurisprudencia de los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales muestra cierta renuencia a invocarla. En la causa *Libia c. el Chad*, la Corte Internacional de Justicia empleó la expresión "actitudes ulteriores" para calificar a lo que posteriormente denominó "acuerdos ulteriores", y "actitudes" unilaterales ulteriores¹³⁵. En la causa *Indonesia c. Malasia*, la Corte Internacional de Justicia dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior¹³⁶. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC no siempre han distinguido tampoco entre un acuerdo ulterior y una práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) a) y b)¹³⁷.

8) El Tribunal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), sin embargo, abordó de manera más explícita esa distinción en el asunto *CCFT c. los Estados*

¹³⁴ El proyecto de artículo 27, párrafo 3) b), que se convirtió después en el artículo 31, párrafo 3) b) de la Convención de Viena, incluía en su versión inglesa el término "*understanding*", que se sustituyó por "*agreement*" en la Conferencia de Viena. Esta modificación era "una mera cuestión de redacción", véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 (A/CONF.39/11), pág. 169; H. Fox, nota 69 *supra*, en especial pág. 63.

¹³⁵ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 6, en especial págs. 34 y ss., párrs. 66 y ss.

¹³⁶ *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 625, en especial pág. 656, párr. 61; en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte habla de "posiciones ulteriores" para constatar que "los términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes", *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, pág. 7, en especial pág. 77, párr. 138; véase también *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Judgment* (competencia y admisibilidad), *I.C.J. Reports 1995*, pág. 6, en especial pág. 122, párr. 28 ("comportamiento ulterior").

¹³⁷ Véase "Directrices para la Consignación en Listas" en informe del Grupo Especial de la OMC *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R, 2 de abril de 2004 e informe del Grupo de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005; para poder acogerse a un "entendimiento" de 1981, véase el informe del Grupo Especial de la OMC *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, 8 de octubre de 1999; "Código SMC" de la Ronda de Tokio en el informe del Grupo Especial de la OMC, *Brasil – Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/R, 17 de octubre de 1996, y una "exención" en informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución del banano – Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21*, WT/DS27/AB/RW2/ECU y WT/DS27/AB/RW/USA, 26 de noviembre de 2008.

*Unidos*¹³⁸. En este caso, los Estados Unidos adujeron que varias medidas unilaterales adoptadas por cada una de las tres partes en el TLCAN podían constituir, consideradas en conjunto, un acuerdo ulterior¹³⁹. En una primera etapa, el Panel consideró que no había pruebas suficientes para determinar la existencia de tal acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a)¹⁴⁰. Sin embargo, en una segunda etapa, el Tribunal concluyó que esos mismos elementos de prueba constituían una práctica ulterior pertinente por la cual constaba el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

"La cuestión que sigue planteándose es la siguiente: ¿Existe una 'práctica ulteriormente seguida' por la cual conste el acuerdo de las partes en el TLCAN sobre esta cuestión en el sentido del artículo 31 3) b)? El Tribunal considera que existe. Aunque para el Tribunal no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar un 'acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones', las pruebas disponibles citadas por el demandado nos demuestran que, sin embargo, existe una 'práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado'."¹⁴¹

9) Este razonamiento da a entender que la distinción entre un "acuerdo ulterior" y una "práctica ulterior" en virtud del artículo 31 3) radica en las diferentes formas que incorporan la manifestación "auténtica" de la voluntad de las partes. En realidad, al distinguir entre "todo acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31 3) a) y "toda práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes" en virtud del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, la Comisión no se propuso señalar una diferencia entre sus posibles efectos jurídicos¹⁴². La diferencia entre los dos conceptos estriba más bien en el hecho de que todo "acuerdo ulterior entre las partes" produce *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, en tanto que "práctica ulterior" únicamente produce ese efecto si sus diferentes elementos, tomados en conjunto, ponen de manifiesto "el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos"¹⁴³.

10) Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) se diferencian en función de que pueda determinarse un acuerdo de las partes *como tal*, en un acto común, o de que sea necesario determinar la existencia de un acuerdo por medio de actos individuales que en conjunto demuestran una posición común. Por consiguiente, hay que "llegar" a un "acuerdo ulterior" en virtud del artículo 31 3) a), que presupone un acto común único de las partes por el cual estas manifiestan su acuerdo común acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones.

¹³⁸ *C.C.F.T. v. United States*, Arbitraje de la CNUDMI en el marco del TLCAN, cap. XI, laudo sobre competencia, 28 de enero de 2008, véase también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la Argentina*, decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 3 de octubre de 2001, caso CIADI N° ARB/97/36, *ICSID Reports 2004*, pág. 168, en especial pág. 174, párr. 12; P. Merkouris y M. Fitzmaurice, "Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement" en M. Fitzmaurice, O. Elias y P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), pág. 153, en especial págs. 217 a 233.

¹³⁹ *C.C.F.T. v. United States*, Arbitraje de la CNUDMI en el marco del TLCAN, cap. XI, laudo sobre competencia, 28 de enero de 2008, párrs. 174 a 177.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 184 a 187.

¹⁴¹ *Ibid.*, párrs. 188 y 189; en un sentido similar: *Aguas del Tunari SA c. la República de Bolivia* (TBI Países Bajos-Bolivia), decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado, caso CIADI N° ARB/02/3, 21 de octubre de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), pág. 450, en especial págs. 528 y ss., párrs. 251 y ss.

¹⁴² *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 15).

¹⁴³ *Ibid.*; Karl, nota 79 *supra*, en especial pág. 294.

11) Por otra parte, la "práctica ulterior" en virtud del artículo 31 3) b) abarca todas las (otras) formas pertinentes de comportamiento ulterior de las partes en un tratado que contribuyen a la determinación de un acuerdo, o "*understanding*"¹⁴⁴, de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es posible, sin embargo, que "práctica" y "acuerdo" coincidan en determinados casos y no puedan distinguirse. Esto explica por qué la expresión "práctica ulterior" se utiliza a veces en un sentido más general que abarca los dos medios de interpretación a que se refiere el artículo 31 3) a) y b)¹⁴⁵.

12) Un grupo de acuerdos ulteriores separados, cada uno de ellos entre un número reducido de partes, pero por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes en un tratado acerca de la interpretación del tratado, no es normalmente "un" acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a). Para una mayor claridad, la expresión "acuerdo ulterior" en el sentido del artículo 31 3) a) debería circunscribirse a un solo acuerdo entre todas las partes. Los diferentes acuerdos posteriores entre un número reducido de partes por los cuales, considerados conjuntamente, conste un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado constituyen práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b). Esos diferentes acuerdos entre un número reducido de partes por los cuales, aun considerados conjuntamente, *no* conste el acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación del tratado, pueden tener un valor interpretativo como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 (véase *infra*, en los párrafos 22) y 23)). Así pues, el empleo de la expresión "acuerdo ulterior" se limita a los acuerdos entre todas las partes en un tratado que se manifiestan en un solo acuerdo, o en un acto común cualquiera que sea la forma en que este refleje el acuerdo entre todas las partes¹⁴⁶.

13) Un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a) debe ser un acuerdo "acerca de" la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones. Por consiguiente, las partes deben proponerse, posiblemente entre otros objetivos, aclarar el sentido de un tratado o indicar cómo ha de aplicarse el tratado¹⁴⁷.

14) Si un acuerdo es un acuerdo "acerca de" la interpretación de un tratado o la aplicación de sus disposiciones a veces puede determinarse mediante alguna referencia que relacione el "acuerdo ulterior" con el tratado a que se refiere. Esa referencia también puede incluirse en un tratado posterior. En la causa *Jan Mayen* entre Dinamarca y Noruega, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia parece haber aceptado que un "tratado ulterior" entre las partes "en la misma esfera" podía utilizarse a los efectos de la interpretación del tratado anterior. En esa causa, sin embargo, la Corte rechazó recurrir al tratado ulterior con ese fin porque no se "refería" en modo alguno al tratado anterior¹⁴⁸. En la causa *Controversia relativa a derechos de navegación y derechos conexos* entre Costa Rica y Nicaragua, el Magistrado Guillaume se refirió a la práctica real del turismo en el Río San

¹⁴⁴ El término "*understanding*" fue utilizado por la Comisión en la versión inglesa del correspondiente proyecto de artículo 27, párrafo 3) b), sobre el derecho de los tratados (véase nota 134 *supra*).

¹⁴⁵ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, providencia (medidas provisionales), *I.C.J. Reports 2006*, pág. 113, en especial págs. 127 y 128, párr. 53: en este caso, incluso un acuerdo verbal ulterior explícito fue calificado por una de las partes como "práctica ulterior".

¹⁴⁶ Véase el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, 16 de mayo de 2012, párr. 371. Este aspecto se tratará más detenidamente en una fase posterior de los trabajos sobre el presente tema.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párrs. 366 a 378, en especial párr. 372; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, nota 74 *supra*, en especial págs. 164 y ss.

¹⁴⁸ *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1993*, pág. 38, en especial pág. 51, párr. 28.

Juan de conformidad con un Memorando de Entendimiento entre los dos Estados¹⁴⁹. Sin embargo, no estaba claro si las partes quisieron que ese Memorando de Entendimiento en particular sirviera de interpretación del tratado de fronteras examinado.

15) *El párrafo 2 del proyecto de conclusión 4* no tiene por objeto proporcionar una definición general de cualquier forma de práctica ulterior que pueda ser pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. El párrafo 2 concierne únicamente a la práctica ulteriormente seguida como medio auténtico de interpretación por el cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, como se enuncia en el artículo 31 3) b). Esa práctica ulterior (en sentido estricto) se distingue de otra "práctica ulterior" (en sentido amplio) de una o varias partes por la cual no consta el acuerdo de las partes pero que, no obstante, puede ser pertinente como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena¹⁵⁰.

16) La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) puede consistir en cualquier "comportamiento". El término "comportamiento" se utiliza en el sentido del artículo 2 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁵¹. Puede comprender así, no solo los actos, sino también las omisiones, incluido el silencio pertinente, que contribuyen a establecer el acuerdo¹⁵². La cuestión de las circunstancias en que las omisiones, o el silencio, pueden contribuir a un acuerdo entre todas las partes en cuanto a la interpretación del tratado se abordará en una fase posterior de los trabajos.

17) La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) debe ser un comportamiento observado "en la aplicación del tratado". Esto comprende, no solo los actos oficiales en el ámbito internacional o el ámbito interno que sirven para aplicar el tratado, incluido respetar o velar por el cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación, como las declaraciones formuladas en una conferencia diplomática, las declaraciones hechas en el transcurso de una controversia jurídica o las sentencias de los tribunales internos; las comunicaciones oficiales que susciten el tratado; o la promulgación de disposiciones legislativas internas o la celebración de acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado incluso antes de que tenga lugar un acto concreto de aplicación en los ámbitos interno o internacional.

18) Como se recordará, en un caso, un Panel del TLCAN negó que la legislación interna pudiera utilizarse como ayuda interpretativa:

"Finalmente, a la luz del hecho de que ambas Partes se han referido a su legislación nacional sobre transporte terrestre, el Panel considera conveniente referirse al artículo 27 de la Convención de Viena, que establece que 'una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. Esa disposición instruye al Panel para no examinar

¹⁴⁹ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009, pág. 213, declaración del juez *ad hoc* Guillaume, pág. 290, en especial págs. 298 y 299, párr. 16.

¹⁵⁰ En cuanto a la distinción entre ambas formas de práctica ulterior, véase *infra*, comentario, párrs. 22) y 23).

¹⁵¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 50 a 52, párrs. 2 a 4.

¹⁵² Waldock, tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 60, párrs. 32) y 33); *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, pág. 6, en especial pág. 23; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment (competencia y admisibilidad), I.C.J. Reports 1984, pág. 392, en especial pág. 410, párr. 39; *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, U.N.R.I.A.A.*, vol. XXI, pág. 53, en especial págs. 186 y 187, párrs. 168 y 169.

las leyes nacionales, sino la legislación internacional aplicable. Por tanto no deben utilizarse en la interpretación del TLCAN la legislación de los Estados Unidos ni la legislación de México. Si se hiciera, se aplicaría un marco legal inadecuado."¹⁵³

Aunque el artículo 27 de la Convención de Viena es ciertamente válido e importante, de esa norma no se infiere que la legislación nacional no pueda tenerse en cuenta como un elemento de la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado. Invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado es algo muy distinto de remitirse al derecho interno a los efectos de la interpretación de una disposición de derecho convencional. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales internacionales, en particular el Órgano de Apelación de la OMC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo han reconocido y distinguen frecuentemente entre las disposiciones legislativas nacionales (y otras medidas de aplicación adoptadas en el ámbito interno) que violan las obligaciones dimanantes de un tratado y las disposiciones legislativas y otras medidas adoptadas en el ámbito nacional que pueden servir para interpretar el tratado¹⁵⁴. Conviene señalar, sin embargo, que un elemento de buena fe está implícito en "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado". Una mala aplicación manifiesta del tratado, a diferencia de una aplicación de buena fe (aunque sea errónea), no es, por lo tanto, una "aplicación del tratado" en el sentido de los artículos 31 y 32.

19) El requisito de que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado en virtud del artículo 31 3) b) deba ser "acerca de la interpretación del tratado" tiene el mismo sentido que el requisito análogo en virtud del artículo 31 3) a) (véase *supra*, párrs. 13) y 14)). A menudo puede ser difícil distinguir entre la práctica ulterior que especifica y resueltamente se refiere a un tratado, es decir, es una práctica "acerca de la interpretación del tratado", y otra práctica "en la aplicación del tratado". Ahora bien, esa distinción es importante porque solo el comportamiento observado por las partes "acerca de la interpretación del tratado" puede contribuir a una interpretación auténtica, mientras que ese requisito no existe para otra práctica ulterior en virtud del artículo 32.

20) La cuestión de las circunstancias en que "consta" realmente un "acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el tema.

21) El artículo 31 3) b) no requiere explícitamente que la práctica deba ser un comportamiento de las propias partes en el tratado. No obstante, son las partes mismas, actuando por medio de sus órganos¹⁵⁵, o en virtud de un comportamiento que sea atribuible

¹⁵³ Informe final del Panel Arbitral establecido a tenor del TLCAN, N° EUA-MEX-98-2008-01, *Servicio de transporte transfronterizo (México c. los Estados Unidos de América)*, aprobado el 6 de febrero de 2001, párr. 224.

¹⁵⁴ Por ejemplo, informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, 15 de junio de 2000, párr. 6.55; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, 1 de octubre de 2008, párr. 7.173; informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Derechos Antidumping y Compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, 11 de marzo de 2011, párrs. 335 y 336; *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina* (Tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Argentina), decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso CIADI N° ARB/01/8, *ICSID Reports*, vol. 7 (2003), pág. 492, párr. 47; *V v. the United Kingdom* (GC), sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 16 de diciembre de 1999, demanda N° 24888/94, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1999-IX, párr. 73; *Kart v. Turkey* (GC), sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 3 de diciembre de 2009, demanda N° 8917/05, párr. 54; *Sigurður A Sigurjónsson v. Iceland*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 30 de junio de 1993, demanda N° 16130/90, Serie A, N° 264, párr. 35.

¹⁵⁵ Karl, nota 79 *supra*, en especial págs. 115 y ss.

a ellos, quienes realizan la práctica en la aplicación del tratado por la que puede constar su acuerdo. La cuestión de si otros actores pueden generar una práctica ulterior pertinente se examina en relación con el proyecto de conclusión 5¹⁵⁶.

22) *El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4* versa sobre "otra" práctica ulterior, es decir, una práctica distinta de la mencionada en el artículo 31 3) b). Este párrafo concierne a la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32", como dice el párrafo 4 del proyecto de conclusión 1. Esta forma de práctica ulterior, que no exige el acuerdo de (todas) las partes, se mencionó originariamente en el comentario de la Comisión de la manera siguiente:

"Pero, en general, la práctica seguida por una sola parte o por algunas partes en el tratado como elemento de interpretación es cosa muy distinta de la práctica concorde seguida por todas las partes y que expresa su común acuerdo en cuanto al sentido del tratado. Esta práctica es prueba del acuerdo de las partes sobre la interpretación del tratado y es análoga a un acuerdo sobre interpretación. Por esta razón, la Comisión opinó que la práctica posterior, que establece el acuerdo común de todas las partes respecto de la interpretación del tratado, debe figurar en el párrafo 3 [del proyecto de disposición que se convirtió en el artículo 31 3) de la Convención de Viena] como auténtico medio de interpretación, lo mismo que los acuerdos sobre interpretación. En cambio, la práctica de cada Estado en la aplicación de un tratado puede tenerse en cuenta únicamente como 'otro' de los medios de interpretación mencionados en el artículo 70."¹⁵⁷

23) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 4, a diferencia del artículo 31 3) b), no enuncia el requisito de que la práctica pertinente sea "acerca de la interpretación del tratado". Por lo tanto, a los efectos del tercer párrafo, toda práctica seguida en la aplicación del tratado que pueda proporcionar indicaciones acerca de cómo debería interpretarse el tratado puede constituir un medio de interpretación complementario pertinente en virtud del artículo 32.

24) Esta "otra" práctica ulterior, desde la adopción de la Convención de Viena, ha sido reconocida y aplicada por los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales como un medio de interpretación (véase *infra*, párrs. 25) a 33)). Hay que señalar, sin embargo, que el Órgano de Apelación de la OMC, en *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas II*¹⁵⁸, ha formulado una definición de práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado que parece da a entender que solo la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado, y no cualquier otra forma de práctica ulteriormente seguida por una o varias partes:

"... la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie 'concordante, común y coherente' de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación."¹⁵⁹

¹⁵⁶ Véase el proyecto de conclusión 5 2).

¹⁵⁷ *Anuario...*, 1964, vol. II, pág. 198, párr. 13); véase también *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 243, párr. 15).

¹⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, e informe del Grupo Especial de la OMC, WT/DS8/R, WT/DS10/R y WT/DS11/R, 11 de julio de 1996.

¹⁵⁹ *Ibid.* (Informe del Órgano de Apelación de la OMC), secc. E, pág. 13.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales, y en definitiva incluso la del propio órgano de solución de diferencias de la OMC (véase *infra*, párrs. 32) y 33)), demuestra que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena no es la única forma de práctica ulteriormente seguida por las partes en la aplicación del tratado que puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado.

25) En la causa relativa a la *Isla Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia estimó que el informe técnico de un experto que había sido encargado por una de las partes y que "había conservado siempre un carácter interno"¹⁶⁰, aunque no representaba una práctica ulterior por la que constaba el acuerdo de las partes en virtud del artículo 31 3) b), podía "no obstante respaldar las conclusiones" a que había llegado la Corte por otros medios de interpretación¹⁶¹.

26) Los tribunales del CIADI también han recurrido a la práctica ulteriormente seguida por los Estados como medio de interpretación en sentido amplio¹⁶². Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios podían adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y estaban legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el Tribunal que conocía del asunto *CMS Gas c. la Argentina* estimó que:

"La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. [...] Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada [...], entre otros ejemplos, demuestra una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales."¹⁶³

27) En el asunto *Loizidou c. Turquía*¹⁶⁴, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que su interpretación resultaba "confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes"¹⁶⁵, esto es, por "la prueba de una práctica que denota un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes en el sentido de que los artículos 25 y 46 [...] de la Convención no permiten restricciones territoriales o sustantivas"¹⁶⁶. Más a menudo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha basado en la práctica —no necesariamente uniforme— ulteriormente seguida por los Estados al remitirse a la legislación nacional y a la práctica administrativa interna como medios de interpretación. En el asunto *Demir y Baykara c. Turquía*¹⁶⁷, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que "en cuanto a la práctica de los Estados europeos, cabe observar que, en la gran mayoría de ellos, ha sido reconocido el derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva con

¹⁶⁰ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1078, párr. 55.

¹⁶¹ *Ibid.*, pág. 1096, párr. 80.

¹⁶² O. K. Fauchald, "The legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), pág. 301, en especial pág. 345.

¹⁶³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (Tratado bilateral de inversiones Estados Unidos-Argentina), Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, caso N° ARB/01/8 del CIADI, *ICSID Reports*, vol. 7 (2003), pág. 492, en especial párr. 47.

¹⁶⁴ *Loizidou v. Turkey*, sentencia (objeciones preliminares), 23 de marzo de 1995, demanda N° 15318/89, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 310.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 79.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 81; es de destacar que el Tribunal describió "esa práctica de los Estados" como "uniforme y coherente" pese al hecho de que había reconocido que ambos Estados constituían probablemente excepciones a la regla (Chipre y el Reino Unido; "cualquiera que sea su sentido"), párrs. 80 y 82.

¹⁶⁷ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 12 de noviembre de 2008, demanda N° 34503/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008.

las autoridades"¹⁶⁸ y que "las excepciones existentes pueden justificarse únicamente por circunstancias particulares"¹⁶⁹.

28) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes, no ha limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago*¹⁷⁰, la Corte Interamericana sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento con resultado de muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). En apoyo de esta interpretación, la Corte sostuvo que era "útil proporcionar algunos ejemplos de este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte"¹⁷¹.

29) El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior en un sentido amplio cuando se trata de examinar la justificación de injerencias en los derechos establecidos en el Pacto¹⁷². Al interpretar los términos bastante generales del artículo 19, párrafo 3, del Pacto (restricciones lícitas de la libertad de expresión), el Comité observó que "se aplican restricciones análogas en muchos países"¹⁷³ y concluyó que el objetivo perseguido por la ley impugnada no excedía, como tal, de los objetivos legítimos del artículo 19, párrafo 3, del Pacto¹⁷⁴.

30) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar se ha referido en algunas ocasiones a la práctica ulteriormente seguida por las partes sin verificar si por esa práctica constaba realmente el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. En el asunto del buque *SAIGA (Nº 2)*¹⁷⁵, por ejemplo, el Tribunal examinó la práctica de los Estados en relación con el uso de la fuerza para detener un buque con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁷⁶. Tomando como base la "práctica normalmente seguida para detener un buque", el Tribunal no especificó la práctica respectiva de los Estados, sino que dio por sentado que existía cierto estándar general¹⁷⁷.

31) En la sentencia dictada en el asunto *Jelisić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló, remitiéndose a la Convención sobre el Genocidio, que

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 52.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 151; análogamente en *Jorgic v. Germany*, sentencia, 12 de julio de 2007, demanda Nº 74613/01, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007-III, párr. 69.

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 21 de junio de 2002, Serie C, Nº 94.

¹⁷¹ *Ibid.*, párr. 12.

¹⁷² *Jong-Cheol v. The Republic of Korea*, dictamen, 27 de julio de 2005, comunicación Nº 968/2001, CCPR/C/84/D/968/2001.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 8.3.

¹⁷⁴ *Ibid.*; véase también *Yoon and Choi v. The Republic of Korea*, dictamen, 3 de noviembre de 2006, comunicaciones Nºs 1321/2004 y 1322/2004, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, párr. 8.4.

¹⁷⁵ *The M/V "SAIGA" (Nº 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, pág. 262, en especial párrs. 155 y 156.

¹⁷⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 293.

¹⁷⁷ *The M/V "SAIGA" (Nº 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, sentencia, *ITLOS Reports 1999*, pág. 262, en especial párrs. 155 y 156; véase también *The "Tomimaru" Case (Japan v. Russian Federation)*, sentencia (pronta liberación), *ITLOS Reports 2005-2007*, pág. 74, párr. 72; *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, medidas provisionales, Providencia de 27 de agosto de 1999, *ITLOS Reports 1999*, pág. 28, en especial párrs. 45 y 50.

"la Sala de Primera Instancia [...] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [...] La Sala de Primera Instancia ha tenido en cuenta también la práctica ulterior basada en la Convención. Se ha atribuido especial importancia a las sentencias dictadas por el Tribunal para Rwanda [...] También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente por medio de sus órganos jurisdiccionales internos y la labor en esa esfera realizada por los órganos internacionales."¹⁷⁸

32) Los órganos de solución de diferencias de la OMC también han distinguido a veces entre la "práctica ulterior" que se ajusta a las condiciones del artículo 31 3) b) y otras formas de práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*¹⁷⁹ (no se interpuso apelación), el Grupo Especial tuvo que determinar si se aplicaba la "doctrina de las pequeñas excepciones" relativa a los pagos por concepto de regalías¹⁸⁰. El Grupo Especial consideró que había pruebas en apoyo de la existencia de tal doctrina en la legislación nacional de varios Estados miembros y señaló:

"[...] recordamos que en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación a) todo acuerdo ulterior, b) toda práctica ulterior o c) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en las doctrinas de las pequeñas excepciones. A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones."¹⁸¹

Además, el Grupo Especial agregó en una nota de pie de página la advertencia siguiente:

"Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una 'práctica ulteriormente seguida' en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena."¹⁸²

33) En el asunto *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, el Órgano de Apelación reprochó al Grupo Especial que no hubiera tenido en cuenta ciertas decisiones adoptadas por el Comité del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) como práctica ulterior pertinente:

"Una interpretación adecuada también habría incluido el examen de la existencia y pertinencia de la práctica posterior. Observamos que los Estados Unidos se refirieron, ante el Grupo Especial, a las decisiones adoptadas en abril de 1997 por

¹⁷⁸ *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10-T, párr. 61; análogamente *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párr. 541.

¹⁷⁹ Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, 15 de junio de 2000.

¹⁸⁰ Véase el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), art. 9.1.

¹⁸¹ Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160/R, 15 de junio de 2000, párr. 6.55.

¹⁸² *Ibid.*, nota 68.

el Comité del Sistema Armonizado de la OMA sobre la clasificación de determinado equipo para redes locales como máquinas automáticas para tratamiento de información. Singapur, que era un tercero en las actuaciones del Grupo Especial, también se refirió a esas decisiones [...]. Sin embargo, consideramos que las decisiones de la OMA pueden ser pertinentes al interpretar las concesiones arancelarias consignadas en la Lista LXXX."¹⁸³

Así, bien mirado, los órganos de solución de diferencias de la OMC reconocen también la distinción entre "práctica anteriormente seguida" en el sentido del artículo 31 3) b) y un concepto más amplio de práctica ulterior que no presupone un acuerdo entre todas las partes en el tratado¹⁸⁴.

34) Ahora bien, al acudir a la práctica anteriormente seguida por una o varias partes en un tratado, pero no todas, como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32, hay que tener siempre presente el hecho de que "la opinión de un solo Estado no es fuente de derecho internacional"¹⁸⁵. En cualquier caso, la distinción entre la práctica anteriormente seguida en el sentido del artículo 31 3) b), como medio auténtico de interpretación, y otra práctica ulterior (en sentido amplio) en virtud del artículo 32, implica que se atribuya un mayor valor interpretativo a la primera.

35) La distinción entre la práctica ulterior a tenor del artículo 31 3) b) y la práctica ulterior en virtud del artículo 32 también contribuye a dar una respuesta a la cuestión de si la práctica ulterior exige una acción repetida con alguna frecuencia¹⁸⁶ o si puede ser suficiente la aplicación de un tratado una sola vez¹⁸⁷. En el marco de la OMC, el Órgano de Apelación ha estimado lo siguiente:

"Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulterior, sino que se requiere una serie de actos por los cuales conste el acuerdo de las partes."¹⁸⁸

No obstante, si el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación de los tratados se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de "práctica ulterior" en sentido amplio (en virtud del artículo 32)¹⁸⁹.

36) Así pues, la "práctica ulterior" en sentido amplio (en virtud del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes. Puede adoptar diversas formas¹⁹⁰. Ese

¹⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 de junio de 1998, en especial párr. 90; véase también I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), pág. 342.

¹⁸⁴ Véase también el informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, 29 de junio de 2012, párr. 452.

¹⁸⁵ *Sempra Energy International y la República Argentina*, laudo, 28 de septiembre de 2007, caso CIADI N° ARB/02/16, párr. 385; véase asimismo *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L. P. c. la República Argentina*, laudo, 22 de mayo de 2007, caso CIADI N° ARB/01/3, párr. 337; informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*, WT/DS353/R, 31 de marzo de 2011, nota 2420 en párr. 7953.

¹⁸⁶ Villiger, *Commentary*, nota 44 *supra*, en especial pág. 431, párr. 22.

¹⁸⁷ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, nota 74 *supra*, en especial pág. 166.

¹⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, secc. E, pág. 13.

¹⁸⁹ Kolb, nota 108 *supra*, págs. 506 y 507.

¹⁹⁰ Aust, nota 88 *supra*, en especial pág. 239.

"comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado", en particular, puede consistir en una aplicación directa del tratado en cuestión, un comportamiento que es atribuible a un Estado parte como aplicación del tratado o una declaración o un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado. Tal comportamiento puede comprender declaraciones oficiales sobre el sentido del tratado, protestas por su no ejecución o una aceptación tácita de las declaraciones o actos de otras partes¹⁹¹.

Conclusión 5 **Atribución de la práctica ulterior**

1. La práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional.

2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 aborda la cuestión de los posibles autores de la práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. La expresión "con arreglo a los artículos 31 y 32" deja claro que este proyecto de conclusión se aplica a la práctica ulterior no solo como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) b) sino también como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena. El párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 define afirmativamente los comportamientos en la aplicación del tratado que pueden constituir la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32, mientras que el párrafo 2 enuncia negativamente los comportamientos que no la constituyen pero que pueden, no obstante, ser pertinentes al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

2) En el *párrafo 1 del proyecto de conclusión 5*, la expresión "cualquier comportamiento [...] que sea atribuible a una parte en el tratado en virtud del derecho internacional" se inspira en el artículo 2 a) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁹². En consecuencia, la expresión "*cualquier* comportamiento" abarca tanto acciones como omisiones y no se limita al comportamiento de los órganos estatales, sino que comprende también los comportamientos atribuibles, de otra manera a una parte en un tratado en virtud del derecho internacional. Sin embargo, la referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no llega hasta exigir que el comportamiento en cuestión sea "internacionalmente ilícito" (véase *infra* el párrafo 8)).

3) Un ejemplo de comportamiento pertinente que no se derive directamente del comportamiento de las partes, pero constituye no obstante un ejemplo de práctica estatal, es el señalado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Kasikili/Sedudu*. En esta causa, la Corte consideró que el uso habitual de una isla en la frontera entre Namibia (antigua África Sudoccidental) y Botswana (antigua Bechuanalandia) por los miembros de una tribu

¹⁹¹ Karl, nota 79 *supra*, en especial págs. 114 y ss.

¹⁹² Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con sus comentarios, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 38, párr. 77; la cuestión de la atribución a una organización internacional de un comportamiento ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre este tema.

local, los Masubia, podía considerarse una práctica ulterior en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, si:

"estuviese vinculado a la creencia por parte de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el Tratado de 1890 seguía el canal meridional del Chobe; y, en segundo lugar, que las autoridades de Bechuanalandia fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación del límite fronterizo establecido en el Tratado."¹⁹³

4) Pese a la referencia a *cualquier* comportamiento en la aplicación de un tratado que sea atribuible a una parte en el tratado, del párrafo 1 no se infiere que tal comportamiento constituya necesariamente, en un caso determinado, una práctica ulterior a los efectos de la interpretación de un tratado. El uso de la expresión "puede consistir" tiene por objeto reflejar ese punto. Esta aclaración reviste especial importancia en relación con el comportamiento de los órganos estatales que pueden contradecir la posición expresada oficialmente por el Estado con respecto a un asunto en particular y contribuir así a hacer equívoco el comportamiento del Estado.

5) La Comisión debatió sobre si el proyecto de conclusión 5 debería abordar específicamente la cuestión de las condiciones en que el comportamiento de los órganos estatales inferiores se consideraría una práctica ulterior pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. A este respecto, varios miembros de la Comisión se refirieron a la dificultad de establecer una distinción entre órganos estatales inferiores y superiores, en especial teniendo en cuenta las notables diferencias en la organización interna de la gobernanza de los Estados. También se señaló que el criterio pertinente no era tanto la posición del órgano en la jerarquía del Estado como su función real en la interpretación y aplicación de un tratado concreto. Dada la complejidad y la diversidad de los supuestos posibles, la Comisión llegó a la conclusión de que esta cuestión no debería abordarse en el texto mismo del proyecto de conclusión 5, sino en el comentario.

6) En efecto, la práctica ulterior de los Estados en la aplicación de un tratado puede indudablemente ser obra de los altos representantes del Estado mencionados en el artículo 7 de la Convención de Viena. Sin embargo, como la mayoría de los tratados generalmente no son aplicados por esos altos representantes, los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han reconocido que el comportamiento de los funcionarios del Estado de menor rango también puede, en determinadas circunstancias, constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. Por consiguiente, en la causa relativa a *Los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que el artículo 95 del Acta de Algeciras tenía que interpretarse de manera flexible, habida cuenta de que la práctica de las autoridades aduaneras locales no era siempre coherente¹⁹⁴. La jurisprudencia de los tribunales arbitrales confirma que la práctica ulterior pertinente puede emanar de los funcionarios de rango inferior. En el laudo arbitral dictado en el asunto de la *Deuda externa alemana*, el Tribunal Arbitral consideró una carta del Banco de Inglaterra dirigida a la Administración de la Deuda Federal Alemana como una práctica ulterior pertinente¹⁹⁵. Además, en el asunto

¹⁹³ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island, I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, en especial pág. 1095, párr. 74.

¹⁹⁴ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1952*, pág. 176, en especial pág. 211.

¹⁹⁵ *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, laudo arbitral de 16 de mayo de 1980, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XIX, pág. 67, en especial págs. 103 y 104, párr. 31.

Régimen fiscal de las pensiones pagadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO que residen en Francia, el Tribunal Arbitral aceptó, en principio, la práctica de la administración tributaria francesa de no gravar las pensiones de los trabajadores jubilados de la UNESCO como práctica ulterior pertinente. Sin embargo, el Tribunal Arbitral consideró decisiva finalmente como la posición oficial contraria expresada por autoridades superiores, es decir, el Gobierno francés¹⁹⁶.

7) Por tanto, parece que la práctica de los funcionarios de rango inferior o locales puede constituir una práctica ulterior "en la aplicación de un tratado" si esa práctica es suficientemente inequívoca y si cabe estimar que el Gobierno está al corriente de ella y si no la ha contradicho en un plazo razonable¹⁹⁷.

8) La Comisión no consideró necesario limitar el alcance del comportamiento pertinente añadiendo las palabras "a los efectos de interpretación de los tratados"¹⁹⁸. El Relator Especial había propuesto que se hiciera con el fin de excluir del alcance de la expresión "práctica ulterior" el comportamiento que puede ser atribuible a un Estado pero que no tiene por objeto expresar la posición pertinente de un Estado acerca de la interpretación de un tratado¹⁹⁹. Sin embargo, la Comisión consideró que el requisito de que cualquier comportamiento pertinente fuera "en la aplicación de un tratado" limitaba suficientemente el alcance del comportamiento que pudiera ser pertinente. Como el concepto de "aplicación del tratado" supone un comportamiento de buena fe, una mala aplicación manifiesta de un tratado queda fuera de ese ámbito²⁰⁰.

9) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 consta de dos frases. En la primera se indica que todo comportamiento que no sea el previsto en el párrafo 1, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior con arreglo a los artículos 31 y 32. La expresión "todo otro comportamiento" se introdujo para establecer claramente la distinción entre el comportamiento contemplado en el párrafo 2 y el contemplado en el párrafo 1. Asimismo, la Comisión consideró que el comportamiento no previsto por el párrafo 1 puede ser pertinente al "evaluar" la práctica ulterior de las partes en un tratado.

10) "La práctica ulterior en la aplicación de un tratado" estará originada por quienes han de aplicar el tratado, que en general son los propios Estados partes. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos formuló la regla general como sigue:

"Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Si bien uno de los participantes en las negociaciones destinadas a llegar a un acuerdo, a saber, el Banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en las declaraciones de Argel, los otros participantes en las negociaciones sobre el acuerdo y en los acuerdos reales, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de

¹⁹⁶ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, laudo arbitral de 14 de enero de 2003, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXV, pág. 231, en especial pág. 257, párr. 66, y pág. 259, párr. 74.

¹⁹⁷ Véase Chanaki, nota 69 *supra*, en especial págs. 323 a 328; Gardiner, nota 23 *supra*, en especial pág. 239; M. Kamto, "La volonté de l'Etat en droit international", *Recueil des cours*, vol. 310 (2004), pág. 9, en especial págs. 142 a 144; Dörr, nota 68 *supra*, en especial págs. 555 y 556, párr. 78.

¹⁹⁸ Véase el primer informe, pág. 62, párr. 144 (proyecto de conclusión 4, párr. 1).

¹⁹⁹ *Ibid.*, pág. 52, párr. 120.

²⁰⁰ Véase el párrafo 18) del comentario del proyecto de conclusión 4.

los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en su calidad de otra parte en las declaraciones de Argel."²⁰¹

11) La primera frase del segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 pretende reflejar esa regla general. En ella se hace hincapié en la función primordial de los Estados partes en un tratado, que son los dueños del tratado y, en definitiva, los responsables de su aplicación. Ello no excluye que el comportamiento de actores no estatales también pueda constituir una forma de aplicación del tratado si puede ser atribuido a un Estado parte²⁰².

12) El "otro comportamiento", en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 5, puede ser el de diferentes actores. En particular, ese comportamiento puede consistir en una práctica de las partes que no sea "en la aplicación del tratado", en declaraciones de un Estado que no sea parte en el tratado acerca de la interpretación de este último²⁰³, en el pronunciamiento de un órgano de vigilancia de la aplicación del tratado o un órgano de solución de diferencias en relación con la interpretación del tratado en cuestión²⁰⁴, en actos de los órganos técnicos encargados por una conferencia de los Estados partes de prestar asesoramiento sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado o en diversas formas de comportamiento o declaraciones de actores no estatales.

13) La expresión "al evaluar la práctica ulterior" que figura en la segunda frase del párrafo 2 debe entenderse en un sentido amplio que abarque tanto la determinación de la existencia de una práctica ulterior como la determinación de su importancia jurídica. Las declaraciones o el comportamiento de otros actores, como las organizaciones internacionales o los actores no estatales, pueden reflejar o iniciar una práctica ulterior pertinente de las partes en un tratado²⁰⁵. Sin embargo, ese reflejo o inicio de una práctica ulterior de las partes por el comportamiento de otros actores no debería asimilarse a la práctica de las propias partes en el tratado, incluida la que les puede ser atribuida. Las

²⁰¹ Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo N° 108-A-16/582/591 FT, *The United States of America, and others v. The Islamic Republic of Iran, and others*, Iran-USCTR, vol. 5 (1984), pág. 57, en especial pág. 71; análogamente, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo cautelar N° ITL 83-B1-FT (reconvención), Iran-USCTR (2004-2009), vol. 38, pág. 77, en especial págs. 124 y 125, párrs. 127 y 128; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *International Schools Services, Inc. (ISS) y National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, laudo cautelar N° ITL 37-111-FT, Iran-USCTR, vol. 5 (1984), pág. 338, voto particular disconforme del Presidente Lagergren, pág. 348, en especial pág. 353: "la disposición de la Convención de Viena sobre los acuerdos ulteriores se refiere a los acuerdos entre los Estados partes en un tratado, y un acuerdo de conciliación entre dos partes sometidas a un proceso de arbitraje difícilmente puede considerarse equivalente a un acuerdo entre dos Estados partes en un tratado, aunque la República Islámica del Irán fuera una de las partes en el proceso de arbitraje".

²⁰² Véase, por ejemplo, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo N° 108-A-16/582/591-FT, *The United States of America, and others v. The Islamic Republic of Iran and others*, Iran-USCTR, vol. 5 (1984), pág. 57, voto particular disconforme de Parviz Ansari, Iran-USCTR, vol. 9 (1985), pág. 97, en especial pág. 99.

²⁰³ Véase, por ejemplo, *Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 22 de diciembre de 2008, pág. 1, párr. 3 (puede consultarse en <http://www.state.gov/documents/organization/138852.pdf>). En la medida en que la declaración de los Estados Unidos se refiere a la interpretación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que los Estados Unidos no es parte ni Estado contratante, esa declaración es un ejemplo de "otro comportamiento", en virtud de la conclusión 5 2).

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, Asociación de Derecho Internacional, Comité de Derecho y Práctica Internacionales sobre Derechos Humanos, "Final Report on the Impact of the Findings of United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies", *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 71 (2004), pág. 621, párrs. 21 y ss.

²⁰⁵ Véase Gardiner, nota 23 *supra*, en especial, pág. 239.

actividades de actores que no son Estados parte, de por sí, solo pueden contribuir a evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado.

14) Las decisiones, resoluciones y otras manifestaciones de la práctica de las organizaciones internacionales pueden ser pertinentes por naturaleza para la interpretación de los tratados. Así se reconoce, por ejemplo, en el artículo 2 j) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, que menciona la "práctica establecida" de la organización como una de las formas de las "reglas de la organización"²⁰⁶. El proyecto de conclusión 5 solo se refiere a la cuestión de si la práctica de las organizaciones internacionales puede ser indicativa de una práctica pertinente de los Estados partes en un tratado.

15) Los informes de las organizaciones internacionales de vocación universal, que se preparan con arreglo a un mandato conferido a esas organizaciones de informar acerca de la práctica de los Estados en una determinada esfera, pueden gozar de una autoridad notable en la evaluación de dicha práctica. Por ejemplo, el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, elaborado por el ACNUR, es una obra importante que refleja la práctica de los Estados y, por lo tanto, proporciona orientaciones al respecto²⁰⁷. Lo mismo se aplica a la denominada matriz del Comité 1540, que es una compilación sistemática del Comité del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, establecido en virtud de la Resolución 1540 (2004), de las medidas de aplicación adoptadas por los Estados Miembros²⁰⁸. En la medida en que la Matriz versa sobre la aplicación de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 1972²⁰⁹, y de la Convención sobre las armas químicas, de 1993²¹⁰, constituye una prueba de la práctica ulterior de los Estados partes en esos tratados y equivale a una evaluación de esa práctica²¹¹.

²⁰⁶ Ese aspecto de la práctica ulterior en relación con un tratado se abordará en una fase posterior de los trabajos sobre el presente tema.

²⁰⁷ Véase ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (reeditado en enero de 1992), HCR/IP/4/Spa/Rev.1, Prólogo, párr. vii); la opinión de que el Manual del ACNUR expresa la práctica de los Estados ha sido rechazada con acierto por el Tribunal Federal de Australia en *Seminig v. The Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (1999), sentencia de 14 de abril de 1999, párrs. 5 a 13; no obstante, el Manual tiene una considerable fuerza probatoria como declaración fidedigna de la práctica ulterior de los Estados. Su autoridad se basa en el artículo 35 1) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, N° 2545, pág. 137, según el cual "[l]os Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas [...]; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención".

²⁰⁸ Resolución 1540 del Consejo de Seguridad (28 de abril de 2004), párr. 8 c) de la parte dispositiva; según la página web del Comité 1540, "la Matriz ha sido el principal método utilizado por el Comité 1540 para organizar la información sobre la aplicación de la resolución 1540 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por los Estados Miembros [...]" (<http://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/matrix.shtml> (consultada el 24 de julio de 2013)).

²⁰⁹ Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, 1972, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, N° 14860, pág. 163.

²¹⁰ Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, 1993, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, N° 33757, pág. 317.

²¹¹ Véase, en términos generales, Gardiner, nota 23 *supra*, en especial pág. 239.

16) Otros actores no estatales también pueden desempeñar una función importante en la evaluación de la práctica ulterior de las partes en la aplicación de un tratado. Un ejemplo pertinente es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)²¹². Además de cumplir el mandato general de carácter que le ha sido conferido por los Convenios de Ginebra y los Estatutos del Movimiento²¹³, el CICR proporciona ocasionalmente orientaciones interpretativas sobre los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales sobre la base del mandato dimanante de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja²¹⁴. El artículo 5 2) g) de los Estatutos dispone:

"2. De conformidad con sus Estatutos, el cometido del Comité Internacional es, en particular: [...] g) trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo;"

En el marco de ese mandato el CICR, por ejemplo, publicó en 2009 una "Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario"²¹⁵. La Guía es el resultado de "una ronda de expertos" que se basa en el análisis de la práctica convencional y consuetudinaria de los Estados y "[expresa] la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el DIH vigente"²¹⁶. Sin embargo, en este contexto es importante señalar que los Estados han reafirmado su cometido principal en el desarrollo del derecho internacional humanitario. La Resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, de 2011, recuerda "los importantes cometidos del CICR" al tiempo que "*pon[e] énfasis* en el cometido principal de los Estados en el desarrollo del derecho internacional humanitario"²¹⁷.

17) Otro ejemplo de comportamiento de actores no estatales que puede ser pertinente para evaluar la práctica ulterior de los Estados partes es *The Monitor*, una iniciativa conjunta de la "Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas y Terrestres", la "Coalición contra las municiones en racimo". *The Monitor* actúa como un "mecanismo de vigilancia *de facto*"²¹⁸ de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997 (la Convención de Ottawa)²¹⁹ y la Convención sobre Municiones en Racimo, de 2008, (Convención de Dublín)²²⁰. El *Cluster Munitions Monitor* recoge las declaraciones y prácticas pertinentes de los Estados partes y los signatarios, y señala, entre otras cosas, los problemas interpretativos relacionados con la Convención de Dublín²²¹.

18) Los ejemplos del CICR y de *The Monitor* ponen de manifiesto que los actores no estatales pueden proporcionar valiosos elementos de prueba de la práctica ulterior de las

²¹² H.-P. Gasser, "International Committee of the Red Cross (ICRC)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>), párr. 20.

²¹³ *Ibid.*, párr. 25.

²¹⁴ Aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en 1986 y modificados en 1995 y 2006.

²¹⁵ CICR, *Participación directa en las hostilidades* (2009), pág. 10.

²¹⁶ *Ibid.*, pág. 9.

²¹⁷ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja: Resolución 1 – Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados, 1 de diciembre de 2012.

²¹⁸ Véase <http://www.the-monitor.org> (consultado el 24 de julio de 2013).

²¹⁹ Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, 1997, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, N° 35597, pág. 211.

²²⁰ Convención sobre Municiones en Racimo, 2008, Naciones Unidas, *Treaty Series*, N° 47713.

²²¹ Véase, por ejemplo, *Cluster Munitions Monitor* (2011), págs. 24 a 31.

partes, contribuir a la evaluación de esos elementos de prueba e incluso solicitar la aparición de esa práctica. Sin embargo, los actores no estatales también pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los objetivos de los que persiguen los Estados partes. Por lo tanto, sus evaluaciones deben ser examinadas críticamente.

19) La Comisión también examinó si el texto del proyecto de conclusión 5 debía mencionar la "práctica social" como ejemplo de "otro comportamiento [...] [que] puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado"²²². Teniendo en cuenta las preocupaciones expresadas por varios miembros sobre el significado y la pertinencia de esa noción, la Comisión consideró preferible abordar la cuestión de la posible pertinencia de la "práctica social" en el comentario.

20) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en algunas ocasiones que el "aumento de la aceptación social"²²³ y "los cambios sociales importantes"²²⁴ son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados. Sin embargo, la invocación de los "cambios sociales" o la "aceptación social" por el Tribunal sigue estando vinculada, en última instancia, a la práctica de los Estados²²⁵. En particular, ello se aplica a asuntos importantes como *Dudgeon c. el Reino Unido*²²⁶ y *Christine Goodwin c. el Reino Unido*²²⁷. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal consideró que había "una mayor tolerancia de la conducta homosexual" y señaló que "en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar este tipo de prácticas homosexuales en sí como una cuestión a la que deban aplicarse las sanciones del derecho penal" y que, por lo tanto, no podía "pasar por alto los cambios notables que se han producido a este respecto en el derecho interno de los Estados miembros"²²⁸. Además, el Tribunal señaló que "en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años las autoridades se han abstenido de ejercitar la acción penal"²²⁹. En el asunto *Christine Goodwin c. el Reino Unido*, el Tribunal concedió importancia a la existencia de "pruebas claras e indiscutibles de una tendencia internacional continuada no solo a una mayor aceptación social de los transexuales sino también al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados"²³⁰.

21) Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comprueba si los avances sociales se reflejan efectivamente en la práctica de los Estados. Así sucedió, por

²²² Véase el primer informe, párrs. 129 y ss.

²²³ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 11 de julio de 2002, demanda N° 28957/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, párr. 85.

²²⁴ *Ibid.*, párr. 100.

²²⁵ Véase también *I. v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 11 de julio de 2002, demanda N° 25680/94, párr. 65; *Burden and Burden v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 12 de diciembre de 2006, demanda N° 13378/05, párr. 57; *Shackell v. the United Kingdom*, decisión sobre la admisibilidad, 27 de abril de 2000, demanda N° 45851/99, párr. 1; *Schalk and Kopf v. Austria*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 24 de junio de 2010, demanda N° 30141/04, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010, párr. 58.

²²⁶ *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia (fondo), 22 de octubre de 1981, demanda N° 7525/76, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 45, en particular párr. 60.

²²⁷ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 11 de julio de 2002, demanda N° 28957/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, en particular párr. 85.

²²⁸ *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia (fondo), 22 de octubre de 1981, demanda N° 7525/76, Serie A, N° 45, párr. 60.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], sentencia (fondo y satisfacción equitativa), 11 de julio de 2002, demanda N° 28957/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2002-VI, párr. 85; véase también párr. 90.

ejemplo, en los casos relativos a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio²³¹ y en los casos relacionados con el supuesto derecho de ciertos romaníes (los "gitanos") a disponer de un lugar de residencia temporal asignado por los municipios para poder mantener su modo de vida itinerante²³².

22) Se puede llegar a la conclusión de que una mera práctica social (ulterior), como tal, no basta para constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado. La práctica social, sin embargo, ha sido considerada a veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un elemento que contribuye a la evaluación de la práctica de los Estados.

²³¹ *Mazurek v. France*, sentencia, 1 de febrero de 2000, demanda N° 34406/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-II, párr. 52; véase también *Marckx v. Belgium*, sentencia, 13 de junio de 1979, demanda N° 6833/74, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 31, párr. 41; *Inze v. Austria*, sentencia, 28 de octubre de 1987, demanda N° 8695/79, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 126, párr. 44; *Brauer v. Germany*, sentencia (fondo), 28 de mayo de 2009, demanda N° 3545/04, párr. 40.

²³² *Chapman v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda N° 27238/95, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-I, párrs. 70 y 93; véase también *Lee v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda N° 25289/94, párrs. 95 y 96; *Beard v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda N° 24882/94, párrs. 104 y 105; *Coster v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda N° 24876/94, párrs. 107 y 108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC], sentencia, 18 de enero de 2001, demanda N° 25154/94, párrs. 100 y 101.

Capítulo V

La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

40. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema "La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin²³³. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre el tema, que se facilitó a la Comisión en su 60º período de sesiones²³⁴.

41. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63º período de sesiones (2011)²³⁵. La Comisión no pudo examinar el tema en su 61º período de sesiones (2009) ni en su 62º período de sesiones (2010)²³⁶.

42. La Comisión, en su 64º período de sesiones (2012), nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión. En el mismo período de sesiones (2012) la Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial recién nombrada²³⁷.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

43. La Comisión tuvo ante sí el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/661). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3164ª a 3168ª y 3170ª, celebradas los días 15 a 17, 21, 22 y 24 de mayo de 2013, respectivamente.

44. En el segundo informe, la Relatora desarrolló los planteamientos metodológicos y el plan de trabajo general expuestos en el informe preliminar (A/CN.4/654) teniendo en cuenta las deliberaciones celebradas en 2012 en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión. En el informe se examinaron: a) el alcance del tema y el ámbito de aplicación del proyecto de artículos; b) los conceptos de inmunidad y jurisdicción; c) la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*; y d) la determinación de los elementos normativos del régimen aplicable a la inmunidad *ratione personae*. Partiendo de ese análisis, se presentaron a la Comisión seis proyectos de artículo para que los examinara. En ellos se abordaban el ámbito de aplicación

²³³ En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/62/10), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/61/10), párr. 257).

²³⁴ *Ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10), párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

²³⁵ A/CN.4/601 (informe preliminar); A/CN.4/631 (segundo informe); y A/CN.4/646 (tercer informe).

²³⁶ Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/64/10), párr. 207, e *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/65/10), párr. 343.

²³⁷ A/CN.4/654 (informe preliminar).

del proyecto de artículos (proyecto de artículo 1)²³⁸; las inmunidades no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos (proyecto de artículo 2)²³⁹; las definiciones de jurisdicción penal, inmunidad de jurisdicción penal extranjera, inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* (proyecto de artículo 3)²⁴⁰; el alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae* (proyecto de artículo 4)²⁴¹; el alcance material de la

²³⁸ El proyecto de artículo 1 decía lo siguiente:

Ámbito de aplicación del proyecto de artículos

Sin perjuicio de lo previsto en el proyecto de artículo 2, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de su jurisdicción penal por un tercer Estado.

²³⁹ El proyecto de artículo 2 decía lo siguiente:

Inmunidades no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos:

- a) las inmunidades penales reconocidas en el marco de las relaciones diplomáticas, de las relaciones consulares, o en el marco o en conexión con una misión especial;
- b) las inmunidades penales establecidas por acuerdos de sede o por tratados que regulen la representación diplomática ante organizaciones internacionales o que establezcan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios o agentes;
- c) las inmunidades que puedan establecerse en virtud de otros tratados internacionales *ad hoc*;
- d) cualesquiera otras inmunidades que puedan ser concedidas unilateralmente por un Estado a los funcionarios de un tercer Estado, en especial cuando los mismos se encuentren en su territorio.

²⁴⁰ El proyecto de artículo 3 decía lo siguiente:

Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

- a) se entiende por "jurisdicción penal" el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarios para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de "jurisdicción penal" es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción;
- b) se entiende por "inmunidad de jurisdicción penal extranjera" la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado;
- c) se entiende por "inmunidad *ratione personae*" la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;
- d) se entiende por "inmunidad *ratione materiae*" la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que él mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como "actos oficiales".

²⁴¹ El proyecto de artículo 4 decía lo siguiente:

Alcance subjetivo de la inmunidad *ratione personae*

El Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores gozan de inmunidad frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de un Estado del que no sean nacionales.

inmunidad *ratione personae* (proyecto de artículo 5)²⁴²; y el alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* (proyecto de artículo 6)²⁴³.

45. Tras las deliberaciones sobre el segundo informe de la Relatora Especial, la Comisión, en su 3170ª sesión, el día 24 de mayo de 2013, decidió remitir los seis proyectos de artículo contenidos en dicho informe al Comité de Redacción, en el entendimiento de que tendría en cuenta las opiniones expresadas en el pleno.

46. En su 3174ª sesión, el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo (véase la sección C.1, *infra*).

47. En sus sesiones 3193ª a 3196ª, los días 6 y 7 de agosto de 2013, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo que habían sido aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2, *infra*).

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículo

48. El texto de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión se reproduce más abajo.

²⁴² El proyecto de artículo 5 decía lo siguiente:

Alcance material de la inmunidad *ratione personae*

1. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que se benefician el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se extiende a todos los actos, privados u oficiales, realizados por dichas personas con anterioridad a su nombramiento o durante el ejercicio de su mandato.

2. El Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores no se beneficiarán de la inmunidad *ratione personae* en relación con los actos, privados u oficiales, que puedan realizar con posterioridad a la terminación de su mandato. Ello se entiende sin perjuicio de otras formas de inmunidad de que puedan beneficiarse dichas personas en relación con actos oficiales realizados por las mismas tras la terminación de su mandato, en virtud de una calidad distinta.

²⁴³ El proyecto de artículo 6 decía lo siguiente:

Alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*

1. La inmunidad *ratione personae* se aplica exclusivamente durante el período de duración del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno o del Ministro de Relaciones Exteriores, y se extinguirá automáticamente en el momento de terminación de dicho mandato.

2. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de que un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores puedan beneficiarse, tras la terminación de sus respectivos mandatos, de la inmunidad *ratione materiae* en relación con los actos oficiales realizados por dichas personas durante el período en que desempeñaron tales cargos.

Primera parte

Introducción

Artículo 1

Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios²⁴⁴ del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

...

Segunda parte

Inmunidad *ratione personae*

Artículo 3

Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 4

Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65° período de sesiones

49. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo, con los comentarios a los mismos, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65° período de sesiones.

²⁴⁴ El término "funcionarios" estará sujeto a reexamen.

Primera parte

Introducción

Artículo 1

Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios²⁴⁵ del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

...

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 se dedica al establecimiento del ámbito de aplicación del Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En el mismo se han incorporado en una única disposición las dos perspectivas que fueron propuestas originariamente por la Relatora Especial en dos proyectos de artículos separados²⁴⁶. El párrafo 1 define el supuesto al que se aplica el proyecto de artículos, mientras que el párrafo 2 contiene una cláusula de salvaguardia, o cláusula "sin perjuicio", en la que se enumeran las situaciones que, en virtud del derecho internacional, están sometidas a regímenes especiales que no se ven afectados por el presente proyecto de artículos. Aunque la Comisión ha empleado en el pasado diferentes técnicas para definir esta doble dimensión del ámbito de aplicación de un proyecto de artículos²⁴⁷, en esta ocasión ha considerado preferible incluir ambas dimensiones en una única disposición, ya que esta fórmula ofrece, en particular, la ventaja de permitir un tratamiento paralelo de ambos supuestos bajo la cobertura de un título único. Y evita el uso en el título de un proyecto de artículo autónomo de expresiones como "no se aplica", "se excluyen" o "no afectan", que algunos miembros de la Comisión consideran no suficientemente compatibles con la utilización de una cláusula "sin perjuicio".

2) El párrafo 1 enuncia el ámbito de aplicación del proyecto de artículos en su dimensión positiva. Para ello, la Comisión ha decidido emplear en este primer párrafo la fórmula "el

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ Véase A/CN.4/661, proyectos de artículos 1 y 2. Véanse igualmente los párrafos 19 a 34.

²⁴⁷ En el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión optó por abordar la doble dimensión del ámbito de aplicación en dos proyectos de artículos separados, lo que finalmente se reflejó en la Convención adoptada en 2004 (véase la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004, resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, anexo, arts. 1 y 3). Por el contrario, en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975, A/CONF.67/16, y en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997, resolución 51/229 de la Asamblea General, de 21 de mayo de 1997, anexo, se definieron los diversos aspectos del ámbito de aplicación en un único artículo que se refiere también a los regímenes especiales. Por su parte, el Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobado en primera lectura por la Comisión en 2012, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, cap. IV, ha abordado también el ámbito de aplicación en un único artículo con dos párrafos, si bien en el mismo proyecto de artículos se incluyen otras disposiciones autónomas cuyo objeto es preservar ciertos regímenes especiales en ámbitos concretos.

presente proyecto de artículos se aplica", que se corresponde con una formulación que ha sido empleada recientemente en otros proyectos de artículos adoptados por la Comisión que contienen una disposición referida al ámbito de aplicación de los mismos²⁴⁸.

Por otro lado, la Comisión ha considerado que el ámbito de aplicación del proyecto de artículos debe ser definido de la forma más sencilla posible, de tal forma que sirva de marco al resto de proyectos de artículos y que no incida ni prejuzgue el contenido de otras cuestiones que serán abordadas posteriormente en otras disposiciones del proyecto de artículos. Por ello, la Comisión ha decidido referirse al ámbito de aplicación de una forma descriptiva que enuncie los elementos del propio título del tema. Por esta misma razón, se ha excluido de la definición del ámbito de aplicación la expresión "frente al ejercicio de", referida a la jurisdicción penal extranjera, que había sido sugerida inicialmente por la Relatora Especial. Dicha expresión fue interpretada por diversos miembros de la Comisión de manera distinta, e incluso contradictoria, por lo que se refiere a las consecuencias que la misma tendría a la hora de definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Además, se ha tenido igualmente en cuenta que la expresión "ejercicio de" se contiene en otras propuestas de artículos formuladas por la Relatora Especial²⁴⁹. Por ello, la Comisión ha considerado que dicha expresión no es necesaria a los efectos de definir el ámbito general de aplicación del proyecto de artículos y ha reservado su utilización para otros proyectos de artículos en los que encuentra un lugar más adecuado²⁵⁰.

3) El párrafo 1 recoge los tres elementos que definen el objeto del presente proyecto de artículos, a saber: a) quiénes son los beneficiarios de la inmunidad (los funcionarios del Estado); b) qué tipo de jurisdicción se vería afectada por la inmunidad (la jurisdicción penal); y c) cuál es el plano en el que opera dicha jurisdicción penal (la jurisdicción penal de otro Estado).

4) Por lo que se refiere al primero de los elementos, la Comisión ha optado por circunscribir el proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado. La referencia a los beneficiarios de la inmunidad se ha reflejado en los trabajos previos de la Comisión con el término "funcionarios"²⁵¹. Sin embargo, el empleo de este término —y sus equivalentes en las restantes versiones lingüísticas— suscita ciertos problemas sobre los que la Relatora Especial ha advertido en sus informes²⁵² y a los que se han referido igualmente algunos miembros de la Comisión. Así, debe destacarse, en primer lugar, que los términos empleados en las distintas versiones lingüísticas no son necesariamente intercambiables entre sí ni tienen el mismo significado. Además, debe tenerse en cuenta también que los citados términos quizás no sean adecuados para referirse a todas y cada una de las personas a las que se aplica el presente proyecto de artículos. La Comisión considera, por ello, que la definición del concepto de "funcionario" (y sus equivalentes en las restantes versiones lingüísticas), así como la determinación de los términos que deben emplearse para referirse a las personas a las que se aplica la inmunidad son cuestiones que requieren un examen detenido que, conforme a la propuesta de la Relatora Especial, deberá realizarse en un momento ulterior, en particular en relación con el análisis de la inmunidad *ratione materiae*. Por consiguiente, en el actual estadio de los trabajos, la Comisión ha decidido

²⁴⁸ Esta fórmula ha sido empleada, por ejemplo, en el proyecto de artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros.

²⁴⁹ Véanse, en particular, los proyectos de artículos 3 b) y 4 originalmente propuestos por la Relatora Especial (A/CN.4/661, párrs. 46 y 67).

²⁵⁰ Véase el proyecto de artículo 3 aprobado por la Comisión (Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*).

²⁵¹ Las expresiones empleadas en las restantes versiones lingüísticas son las siguientes: "المسؤولون" (árabe); "官员" (chino); "représentants" (francés); "officials" (inglés) y "должностные лица" (ruso).

²⁵² Véanse A/CN.4/654, párr. 66, y A/CN.4/661, párr. 32.

mantener el empleo de la terminología original, en el entendimiento de que la misma deberá ser objeto de una consideración ulterior. Ello se refleja con una nota a pie de página en el texto de proyecto de artículo 1, párrafo 1. El empleo del término "funcionario" en los comentarios debe entenderse sometido a la misma reserva.

5) En segundo lugar, la Comisión ha decidido circunscribir el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal. El presente proyecto de artículo no tiene por finalidad definir el concepto de jurisdicción penal, que está siendo objeto de consideración por la Comisión en relación con otro proyecto de artículo²⁵³. Sin embargo, la Comisión ha debatido el alcance de "jurisdicción penal" respecto de los actos que quedarían cubiertos por ese concepto, en especial por lo que se refiere a la extensión de la inmunidad a determinados actos que están próximos al concepto de inviolabilidad personal, tales como el arresto o detención de una persona. Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, y a reserva de ulteriores desarrollos en el tratamiento de este tema por parte de la Comisión, la referencia a la jurisdicción penal extranjera a los efectos de la definición del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos, debe entenderse como aquel conjunto de actos vinculados a la actividad judicial cuya finalidad sea la determinación de la responsabilidad penal de un individuo, incluidas las acciones coercitivas que puedan ejercerse sobre los beneficiarios de la inmunidad en este contexto.

6) En tercer lugar, la Comisión ha decidido circunscribir el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal "extranjera", es decir, la que refleja la relación horizontal entre dos Estados. Ello implica que el proyecto de artículos tan solo se aplicará en relación con la inmunidad de jurisdicción penal "de otro Estado". En consecuencia, quedan fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos las inmunidades ante los tribunales penales internacionales, que estarán sometidas a su propio régimen jurídico. Esta exclusión debe entenderse en el sentido de que ninguna de las normas que rigen el funcionamiento de las inmunidades ante dichos tribunales se verá afectada por lo dispuesto en el presente proyecto de artículos.

No obstante, se ha suscitado la necesidad de tomar en consideración la problemática especial que representa la existencia de los denominados tribunales penales mixtos o internacionalizados. También se ha suscitado la cuestión referida a la incidencia que pudiera tener en el presente proyecto de artículos la existencia de normas internacionales que imponen a los Estados la obligación de cooperar con los tribunales penales internacionales. Aunque se han expresado diversas opiniones en relación con ambos temas, no es posible identificar en este momento una solución concluyente respecto de cada uno de ellos.

7) Ha de destacarse que el párrafo 1 se refiere a "la inmunidad [...] respecto de la jurisdicción penal de otro Estado". El empleo del término "respecto" establece una relación entre los conceptos de "inmunidad" y "jurisdicción penal extranjera" (o "de otro Estado") que debe ser debidamente tenida en cuenta. En relación con esta cuestión, la Comisión considera que los conceptos de inmunidad y jurisdicción penal extranjera están estrechamente relacionados entre sí, no siendo posible entender la inmunidad en términos abstractos y sin ponerla en contacto con una jurisdicción penal extranjera que, a pesar de existir, no será ejercida por el Estado del foro precisamente como consecuencia de la presencia de la inmunidad. O, como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, "solo

²⁵³ Téngase en cuenta que la Relatora Especial formuló una propuesta de definición de jurisdicción penal en su segundo informe, en el marco de un proyecto de artículo dedicado a las definiciones (A/CN.4/661, proyecto de artículo 3. Véanse también los párrafos 36 a 41 del citado informe). Dicho proyecto de artículo ha sido remitido al Comité de Redacción, que tras un debate general ha decidido abordarlo de forma progresiva a lo largo del quinquenio, sin que haya tomado una decisión sobre el mismo en este momento.

cuando un Estado tiene, en derecho internacional, jurisdicción respecto de una determinada cuestión puede plantearse el problema de la inmunidad respecto del ejercicio de dicha jurisdicción²⁵⁴.

8) La Comisión entiende que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera tiene una naturaleza procesal. Por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no constituye un medio de exención de la responsabilidad penal de una persona respecto de las normas sustantivas del derecho penal, pues se trata de una responsabilidad que pervive con independencia de que un Estado no pueda ejercer su jurisdicción para deducir la citada responsabilidad en un momento concreto y respecto de una determinada persona. Por el contrario, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es, en sentido estricto, un obstáculo o barrera procesal para el ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado respecto de los funcionarios de otro Estado. Esa fue la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*²⁵⁵, y que es seguida mayoritariamente en la práctica estatal y en la doctrina.

9) El párrafo 2 se refiere a aquellos supuestos en los que existen reglas especiales de derecho internacional referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Esta categoría de reglas especiales tiene su manifestación más conocida y citada en el régimen de privilegios e inmunidades reconocido por el derecho internacional a los agentes diplomáticos y a los funcionarios consulares²⁵⁶. Sin embargo, existen otros ejemplos en el derecho internacional contemporáneo, convencional y consuetudinario, que, a juicio de la Comisión, deben igualmente ser tenidos en cuenta a los efectos de definir el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos. En relación con los citados regímenes especiales, la Comisión considera que se trata de regímenes jurídicos bien establecidos en derecho internacional y que el presente proyecto de artículos no debe afectar al contenido y aplicación de los mismos. Por otro lado, debe recordarse que, aunque en otro plano, la propia Comisión ha reconocido ya la existencia de regímenes especiales en el ámbito de la inmunidad con ocasión de la elaboración del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, refiriéndose expresamente a ellos en el artículo 3 bajo el título "Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos"²⁵⁷.

La relación entre el régimen de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado contenido en el presente proyecto de artículos y los regímenes especiales que han sido mencionados, ha sido definida por la Comisión mediante la incorporación en el párrafo 2 de una cláusula de salvaguardia, en virtud de la cual lo previsto en el proyecto de artículos se entiende "sin perjuicio" de lo establecido en los citados regímenes especiales, siguiendo así la fórmula que ya fue empleada en su día por la Comisión en el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

²⁵⁴ Causa *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment I.C.J. Reports 2002*, párr. 46. Véanse igualmente los comentarios de la Comisión al artículo 6 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en particular los párrafos 1), 2) y 3) (*Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte)).

²⁵⁵ Causa *Arrest Warrant*, párr. 60. La misma posición ha sido mantenida por la Corte Internacional de Justicia en relación con la inmunidad del Estado: véase la causa *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, 3 de febrero de 2012, *I.C.J. Reports 2012*, párrs. 58 y 100.

²⁵⁶ Véanse la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, N° 7310, pág. 95, art. 31, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, N° 8638, pág. 261, art. 43.

²⁵⁷ Véase *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), comentario al art. 3.

10) La Comisión ha utilizado la expresión "reglas especiales" como sinónimo de la de "régimen especiales" empleada en trabajos anteriores. Aunque la Comisión no ha dado una definición del concepto de "régimen especial", debe llamarse la atención sobre las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, en especial las conclusiones 2 y 3²⁵⁸. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión entiende por "reglas especiales" aquellas reglas internacionales, convencionales o consuetudinarias, que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de personas adscritas a actividades de determinados sectores de las relaciones internacionales. La Comisión considera que esas "reglas especiales" coexisten con el régimen definido en el presente proyecto de artículos, aplicándose preferentemente el régimen especial en caso de conflicto potencial de ambos regímenes²⁵⁹. En todo caso, la Comisión considera que los regímenes especiales en cuestión son únicamente aquellos establecidos por "reglas (...) del derecho internacional", constituyendo esta referencia al derecho internacional un elemento esencial a los efectos de definir el alcance de la cláusula "sin perjuicio"²⁶⁰.

11) Los regímenes especiales que han sido incluidos en el párrafo 2 se refieren a tres bloques de la práctica internacional en los que se ha identificado la existencia de normas que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber: a) la presencia exterior del Estado a través de las misiones diplomáticas, las oficinas consulares y las misiones especiales; b) las diversas actividades de representación y de otro tipo vinculadas con las organizaciones internacionales; y c) la presencia de las fuerzas armadas de un Estado en el extranjero. Aunque en los tres sectores es posible identificar normas de naturaleza convencional que establecen un régimen de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, la Comisión no ha considerado necesario incluir en el párrafo 2 una referencia expresa a dichas Convenciones e instrumentos convencionales²⁶¹.

En el primer grupo se incluyen las reglas especiales referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera aplicables a las personas adscritas al desempeño de una función de representación o protección de los intereses del Estado en otro Estado, bien sea de forma permanente o no, mediante su adscripción a una misión diplomática, una oficina consular o una misión especial. En este ámbito, la Comisión ha considerado, en particular, las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales, así como las reglas de derecho consuetudinario aplicables en este ámbito.

En el segundo grupo se incluyen aquellas reglas especiales aplicables a la inmunidad de jurisdicción penal de que gozan las personas vinculadas a una actividad llevada a cabo en relación o en el marco de una organización internacional. En este ámbito se incluyen las reglas especiales aplicables a las personas adscritas a una misión ante una organización

²⁵⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, párr. 251.

²⁵⁹ En su comentario al artículo 3 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes la Comisión se refirió a este efecto en los siguientes términos: "[e]sta disposición tiene por objeto impedir que los presentes artículos afecten a los regímenes especiales vigentes, especialmente respecto a las personas adscritas a las misiones mencionadas" (párrafo 5) del comentario). Véase igualmente el párrafo 1) de dicho comentario.

²⁶⁰ Esta referencia al sometimiento al derecho internacional fue incluida también por la Comisión en el ya citado artículo 3 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Se debe destacar que la Comisión llamó especialmente la atención sobre dicho extremo en su comentario a dicho proyecto de artículo, en especial en los párrafos 1) y 3).

²⁶¹ Téngase en cuenta que la Comisión tampoco enumeró dichas Convenciones en el Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Sin embargo, en el comentario al proyecto de artículo 3 (párr. 2)) se refirió a los ámbitos en los que existen dichos regímenes especiales, citando expresamente algunas de las convenciones que establecen dichos regímenes.

internacional, a las delegaciones ante los órganos de organizaciones internacionales o a una delegación en una conferencia internacional²⁶². La Comisión entiende que no es necesario incluir en este grupo de reglas especiales las que se aplican con carácter general a las organizaciones internacionales en sí mismas consideradas. Por el contrario, ha entendido que sí forman parte de esta categoría las normas que se aplican a los agentes de la organización internacional, en especial en aquellos supuestos en que el agente haya sido puesto a disposición de la organización por un Estado y siga disfrutando de la condición de funcionario del Estado durante el período de tiempo en que actúa en nombre y por cuenta de la organización. En relación con este segundo grupo de regímenes especiales, la Comisión ha tenido en cuenta la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados, así como otras normas convencionales y consuetudinarias aplicables en este ámbito.

En el tercer grupo de reglas especiales se han incluido aquellas normas que reconocen la inmunidad de jurisdicción penal aplicables a las personas adscritas a las fuerzas armadas de un Estado cuando las mismas se encuentren en un Estado extranjero. Dicha categoría incluye el conjunto de reglas que rigen en los supuestos de estacionamiento de tropas en el territorio de un tercer Estado, bien sean las incluidas en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas (los denominados SOFA), bien las incluidas en acuerdos de sede o en convenios de cooperación militar que contemplen el estacionamiento de tropas. Igualmente se incluyen en este sector aquellos acuerdos celebrados con ocasión de actividades puntuales de las fuerzas armadas en un Estado extranjero.

12) La enumeración de las reglas o regímenes especiales descritos en el párrafo 2 está matizada por la expresión "en particular" para indicar que la cláusula no se aplica de manera exclusiva a esas reglas especiales. En ese sentido, varios miembros de la Comisión han llamado la atención sobre el hecho de que en la práctica es posible encontrar reglas especiales que se aplican en otros ámbitos, en especial en el marco del establecimiento en el territorio de un Estado de instituciones y centros extranjeros dedicados a la cooperación económica, técnica, científica o cultural, habitualmente sobre la base de acuerdos de sede específicos. Sin embargo, aunque la Comisión ha aceptado en términos generales la existencia de estos regímenes especiales, ha considerado que no es necesario mencionarlos en el párrafo 2.

13) Por último, ha de señalarse que la Comisión consideró la posibilidad de incluir en el párrafo 2 la práctica consistente en que un Estado conceda a un funcionario extranjero una inmunidad de jurisdicción penal extranjera, de forma unilateral. Sin embargo, la Comisión decidió no hacerlo. Esta cuestión podrá replantearse en una fase ulterior del examen de la labor relacionada con el tema.

14) Por otro lado, la Comisión ha considerado que la formulación del párrafo 2 debe seguir un paralelismo con el párrafo 1 del proyecto de artículos. Por ello, ha de tenerse en cuenta el hecho de que el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertas personas calificadas como "funcionarios" y, por consiguiente, este elemento subjetivo debe reflejarse también en la cláusula "sin perjuicio". A ello obedece la mención expresa de "las personas adscritas" que se contiene en el párrafo 2. Se ha empleado el término "personas adscritas" siguiendo la terminología de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes (art. 3). El alcance del concepto de "personas adscritas" dependerá de lo dispuesto en las reglas que definan el régimen especial que les resulta aplicable, por lo que

²⁶² Esta enumeración sigue la formulada ya en su día por la Comisión en el proyecto de artículo 3.1 a) del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

no es posible establecer *a priori* una definición única de dicha categoría. Ello resulta igualmente aplicable respecto del personal civil adscrito a las fuerzas armadas de un Estado, que quedará incluido en el régimen especial únicamente en la medida en que así lo establezca el instrumento jurídico aplicable en cada caso.

15) La combinación del concepto de "personas adscritas" y del concepto de "reglas especiales" es imprescindible para determinar el alcance y significado de la cláusula de salvaguardia o "sin perjuicio" contenida en el párrafo 2. Así, la Comisión entiende que las personas contempladas en el citado párrafo (agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de una misión especial, agentes de una organización internacional o miembros de las fuerzas armadas de un Estado) no quedan automáticamente fuera del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos por el mero hecho de pertenecer a esta categoría de funcionarios, sino por el hecho de que en una situación concreta se les aplica uno de los regímenes especiales a que se hace referencia en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1. Cuando concurra dicha circunstancia, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que puedan beneficiarse dichas personas en virtud de los regímenes especiales que les sean aplicables no resultará afectada por lo establecido en el presente proyecto de artículos.

Segunda parte

Inmunidad *ratione personae*

Artículo 3

Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 enumera los funcionarios del Estado que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. El proyecto de artículo se limita a definir las personas a las que se aplica este tipo de inmunidad, sin hacer referencia a su alcance sustantivo, que será abordado en otros proyectos de artículos.

2) La Comisión considera que hay dos razones, una de orden representativo y otra de orden funcional, para conceder la inmunidad *ratione personae* a los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores. En primer lugar, en virtud de las normas del derecho internacional, las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado²⁶³. En segundo lugar, han de poder desempeñar sus funciones sin obstáculos²⁶⁴. Es irrelevante que esos funcionarios sean o no nacionales del Estado en el que desempeñan el cargo de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores.

²⁶³ La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "es una regla bien establecida de derecho internacional que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se consideran que representan al Estado por el solo hecho del ejercicio de sus funciones". (*Armed activities on the territory of the Congo (New application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, párr. 46).

²⁶⁴ Véase la causa *Arrest Warrant*, párrs. 53 y 54, en que la Corte Internacional de Justicia desarrollaba especialmente este segundo elemento en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores.

3) La afirmación de que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad *ratione personae* no es objeto de controversia, reconociéndose la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario que así lo establecen. Además, diversas convenciones contienen disposiciones que se refieren directamente a la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado. En este sentido cabe mencionar el artículo 21.1 de la Convención sobre las Misiones Especiales, que reconoce expresamente que el Jefe de Estado cuando encabece una misión especial gozará, además de las inmunidades reconocidas en dicha Convención, de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional al Jefe de Estado en visita oficial. En el mismo sentido, el artículo 50.1 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, se refiere a las otras "inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los Jefes de Estado". En una línea similar, aunque en un plano diferente, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes incorpora en la cláusula de salvaguardia del artículo 3, párrafo 2, una referencia expresa a las inmunidades de que goza el Jefe de Estado en virtud de normas de derecho internacional.

La inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado ha sido reconocida igualmente en la jurisprudencia, tanto a nivel internacional como estatal. Así, la Corte Internacional de Justicia se ha referido explícitamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*²⁶⁵ y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*²⁶⁶. Ha de destacarse que la práctica judicial nacional, aunque limitada en cuanto a su número, es constante en declarar que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, bien sea en el marco de procesos que tienen como objeto la inmunidad del Jefe de Estado, bien sea como parte del razonamiento que los citados tribunales siguen para concluir la concurrencia o no de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de otros funcionarios del Estado²⁶⁷.

²⁶⁵ Causa *Arrest Warrant*, párr. 51.

²⁶⁶ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, párr. 170.

²⁶⁷ Los tribunales nacionales han declarado en varias ocasiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Jefe de Estado como fundamento de su decisión sobre el fondo, concluyendo la imposibilidad de actuar penalmente contra un Jefe de Estado en ejercicio. En este sentido, véanse: *Re Honecker*, Tribunal Supremo Federal, Segunda Sala de lo Penal (República Federal de Alemania), sentencia de 14 de diciembre de 1984 (causa N° 2 ARs 252/84) reproducida en *International Law Reports*, vol. 80, págs. 365 y 366; *Rey de Marruecos*, Audiencia Nacional (España), auto de la Sala de lo Penal de 23 de diciembre de 1998; *Kadhafi*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia N° 1414, de 13 de marzo de 2001, reproducida en *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), pág. 474; versión inglesa reproducida en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 508 a 510; *Fidel Castro*, Audiencia Nacional (España), auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 13 de diciembre de 2007 (la Audiencia Nacional ya se había pronunciado en el mismo sentido respecto de otras dos querellas introducidas contra Fidel Castro en 1998 y 2005); *Case against Paul Kagame*, Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción N° 4 (España), auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008. También en el marco de un proceso penal, pero en tanto que *obiter dicta*, diversos tribunales han reconocido de modo general la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* en varias ocasiones. En esos casos el tribunal nacional no ha declarado la inmunidad de un Jefe de Estado en concreto, bien porque la persona ha terminado su mandato y no es ya un Jefe de Estado en ejercicio, bien porque la persona no es ni ha sido nunca un Jefe de Estado. Véanse *Pinochet* (solicitud de extradición), Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción N° 5 (España), auto de solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet N° 3)*, Cámara de los Lores (Reino Unido), sentencia de 24 de marzo de 1999 reproducida en *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 581 a 663; *H. S. A. et al. c. S. A. et al.*

La Comisión considera que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* de Jefe de Estado se reconoce exclusivamente a las personas que ocupan efectivamente dicha posición, siendo irrelevantes a los efectos del presente proyecto de artículos la denominación que la figura del Jefe de Estado reciba en cada Estado, el título por el que se acceda a la condición de Jefe de Estado (a título de soberano u otro), así como el hecho de que la posición en cuestión sea unipersonal o colegiada²⁶⁸.

4) El reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* a favor del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores se ha producido porque el derecho internacional ha ido aproximando paulatinamente sus funciones de representación del Estado a las del Jefe de Estado. Como ejemplo de ello se puede citar el reconocimiento de los poderes plenos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores en el proceso de celebración de los tratados²⁶⁹, así como la equiparación de las tres figuras en relación con su protección internacional²⁷⁰ o en el plano de su participación en la representación del Estado²⁷¹. La inmunidad de los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se menciona en la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena

(procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003 (P-02-1139) reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42, N° 3 (2003), págs. 596 a 605; *Scilingo*, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección tercera (España), auto de 27 de junio de 2003; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"*; *Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84818); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice, Queen's Bench Division Administrative Court (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2012 ([2011] EWHG 2020 (Admin)); *Nezzar*, Tribunal Penal Federal (Suiza), sentencia de 25 de julio de 2012 (BB.2011-140). Debe destacarse que los tribunales nacionales no han declarado nunca que un Jefe de Estado carece de inmunidad de jurisdicción penal y que la misma es *ratione personae*. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* de los Jefes de Estado es constante en la jurisdicción civil, en la que el volumen de decisiones judiciales es mayor. A título de ejemplo, véanse *Kline v. Kaneko*, Corte Suprema del Estado de Nueva York, sentencia de 31 de octubre de 1988 (141 Misc.2d 787); *Mobutu c. SA Cotoni*, Tribunal civil de Bruselas, sentencia de 29 de diciembre de 1988; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal (Suiza), sentencia de 2 de noviembre de 1989; *Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito, Distrito Este de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 27 de enero de 1994; *W. v. Prince of Liechtenstein*, Tribunal Supremo (Austria), sentencia de 14 de febrero de 2001 (7 Ob 316/00x); *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, Tribunal de Distrito de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 30 de octubre de 2001 (169 F.Supp.2d 259); *Fotso v. Republic of Cameroon*, Tribunal de Distrito de Oregón (Estados Unidos), sentencia de 22 de febrero de 2013 (6:12CV 1415-TC).

²⁶⁸ Es de interés en este sentido lo previsto en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 50.1) y en la Convención sobre las Misiones Especiales, 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, N° 23431, pág. 231 (art. 21.1), que recogen la figura de las Jefaturas de Estado colegiadas. Por el contrario, la Comisión no consideró oportuno incluir una referencia a esta categoría en el Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (véase *Anuario...*, 1972, vol. II, comentario al proyecto de artículo 1, párr. 2) y, por tanto, no fue recogida finalmente en la Convención.

²⁶⁹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, art. 7.2.a). En un sentido similar se ha manifestado la Corte Internacional de Justicia en relación con la capacidad del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores de comprometer al Estado mediante actos unilaterales (causa *Armed activities*, párr. 46).

²⁷⁰ Convención sobre la prevención y la sanción de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, N° 15410, pág. 167, art. 1.1.a).

²⁷¹ Véase, en este sentido, la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 21, y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 50.

sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y, de manera implícita, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes²⁷². La inclusión del Ministro de Relaciones Exteriores en la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, es especialmente significativa, puesto que la Comisión en su Proyecto de artículos sobre este tema decidió no incluir a los miembros del gobierno en la lista de personas internacionalmente protegidas²⁷³, a pesar de lo cual el Ministro de Relaciones Exteriores fue finalmente incluido en la Convención adoptada por los Estados.

Todos los ejemplos mencionados son el resultado de trabajos previos de la Comisión que ha tomado en consideración en varias ocasiones la problemática de la inclusión expresa o no de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en instrumentos internacionales. En este contexto, se ha señalado que en el artículo 3 de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes se menciona de manera expresa al Jefe de Estado, mientras que se excluye toda referencia explícita al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, no parece posible concluir que de los citados ejemplos deba deducirse que la Comisión deba tratar también en forma diferente a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores en el presente proyecto de artículo; y menos aún que deba excluir al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores del proyecto de artículo 3. A tal efecto deben tomarse en consideración varios elementos. En primer lugar, que el presente proyecto de artículos se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, mientras que la Convención sobre las Misiones Especiales y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal se refieren a cualquier inmunidad de la que puedan gozar los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores. En segundo lugar, que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se refiere a la inmunidad del Estado y la inmunidad de jurisdicción penal ha quedado fuera de su ámbito de aplicación²⁷⁴; a lo que ha de añadirse igualmente que la Comisión no se pronunció en contra de las

²⁷² El artículo 21 de la Convención de Viena sobre las Misiones Especiales se refiere tanto al Jefe de Estado como al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores, si bien lo hace en párrafos separados (en el párrafo 1 se menciona al Jefe de Estado y en el párrafo 2, al Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado). Igual modelo es seguido por la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, que también se refiere a esos funcionarios en párrafos separados. Por el contrario, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes ha optado por incluir únicamente una mención *eo nomine* del Jefe de Estado (art. 3, párr. 2) y las otras dos categorías deben considerarse incluidas en el concepto de "representantes del Estado" contenido en el artículo 2.1.a) iv). Véanse los párrafos 6) y 7) del comentario al artículo 3 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte).

²⁷³ Véase, *Anuario...*, 1972, vol. II, comentario al artículo 1, párr. 3). Téngase en cuenta que la Comisión decide no incluir dicha referencia ante la inexistencia de una "regla de derecho internacional generalmente aceptada", pero admite que "una persona que tenga rango de ministro miembro del Gobierno tendrá, evidentemente, derecho a una protección especial cada vez que se encuentre en un Estado extranjero en relación con una actividad oficial". (Esta declaración se recoge tanto en la versión inglesa del comentario como en la versión francesa, pero no ha sido incorporada en la versión española.)

²⁷⁴ La declaración de que la Convención "no comprende las actuaciones penales" fue propuesta por el Comité Especial constituido al efecto por la Asamblea General y se plasmó finalmente en el párrafo 2 de la parte dispositiva de la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, por la que aquella fue aprobada.

inmidades de que pudieran gozar el Jefe de Estado y los Ministros de Relaciones Exteriores, sino que —por el contrario— las reconoce, limitándose a no mencionar expresamente estas categorías en el párrafo 2 del artículo 3 "ya que sería muy difícil confeccionar una lista exhaustiva y, por otra parte, cualquier enumeración de dichas personas plantearía la cuestión de su fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por ellas"²⁷⁵. Y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta igualmente que todos los ejemplos mencionados son anteriores a la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

5) La Corte Internacional de Justicia ha declarado expresamente en la decisión de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que "está claramente establecido en el derecho internacional que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertas personas que tienen un rango elevado en el Estado, tales como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, gozan en los Estados de inmidades de jurisdicción, tanto civil como penal"²⁷⁶. Dicha afirmación ha sido posteriormente reiterada por la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*²⁷⁷. Ambas decisiones han sido objeto de un importante debate en la Comisión, en particular en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores. En el mismo la mayoría de los miembros han expresado su opinión de que la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* refleja el estado actual de evolución del derecho internacional y que, por tanto, debe concluirse que existe una norma consuetudinaria que reconoce la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Ministro de Relaciones Exteriores. A juicio de estos miembros de la Comisión la posición del Ministro de Relaciones Exteriores y sus especiales funciones en el ámbito de las relaciones internacionales constituyen la base para el reconocimiento de la citada inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Por el contrario, algunos miembros de la Comisión han señalado que la decisión de la Corte no es base suficiente para concluir la existencia de una norma consuetudinaria, ya que no analiza suficientemente la práctica y que varios jueces expresaron opiniones distintas a la de la mayoría²⁷⁸. Sin embargo, un miembro de la Comisión que considera que la providencia de la Corte no permite concluir la existencia de una norma consuetudinaria, ha señalado que la inexistencia de dicha norma no impide a la Comisión incluir al Ministro de Relaciones Exteriores entre los beneficiarios de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* como una cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional, teniendo en cuenta que los Estados no se han opuesto a la decisión de la Corte en esa causa.

6) Por lo que se refiere a la práctica de los tribunales nacionales, la Comisión ha considerado igualmente que si bien el número de decisiones que se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* es muy reducida en relación con el Jefe de Gobierno y casi inexistente en el caso del Ministro de Relaciones Exteriores, no es menos cierto que los tribunales nacionales que han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto siempre han reconocido la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de dichos altos cargos cuando se encuentran en ejercicio²⁷⁹.

²⁷⁵ Véase comentario al proyecto de artículo 3, párr. 7), del Proyecto de artículos (*Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte)).

²⁷⁶ Causa *Arrest Warrant*, párr. 51.

²⁷⁷ Causa *Certain Questions*, párr. 170.

²⁷⁸ Véanse, en particular, en la causa *Arrest Warrant* la opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal; la opinión disidente del juez Al-Kasawneh; y la opinión disidente de la juez Van den Wyngaert.

²⁷⁹ En relación con el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, véanse los siguientes casos, tanto del orden penal como del civil, en que los tribunales nacionales se han pronunciado al respecto, bien sea como base

7) Tras el debate la Comisión ha entendido que existe una base suficiente en la práctica y el derecho internacional para concluir que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*. Y, en consecuencia, ha decidido incluirlos en el proyecto de artículo 3.

8) La Comisión ha considerado igualmente si otros altos funcionarios del Estado pueden ser incluidos en la lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Tal posibilidad ha sido suscitada por algunos miembros de la Comisión a la luz de la evolución de las relaciones internacionales, en especial el hecho de que otros funcionarios de alto rango distintos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores participan cada vez más en foros internacionales y realizan frecuentes visitas fuera del territorio nacional. Algunos miembros de la Comisión han apoyado su posición favorable a la inclusión en el proyecto de artículo 3 de otros funcionarios de alto rango con una referencia a la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, considerando que el empleo de la expresión "tales como" debe interpretarse como una cláusula que permite la extensión del régimen de la inmunidad *ratione personae* a otros altos funcionarios del Estado distintos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores que tienen una importante responsabilidad dentro del Estado y que desarrollan alguna actividad representando al Estado en sectores propios de su actividad. En este sentido, algunos miembros de la Comisión han mencionado que los Ministros de Defensa o de Comercio Internacional disfrutaban de la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, para otros miembros de la Comisión, el empleo de la expresión "tales como" no puede tener como efecto ampliar el ámbito de las personas que se beneficiarían de esta categoría de inmunidad, ya que la Corte la utiliza en el marco de un litigio específico en el que se debate la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un Ministro de Relaciones Exteriores. Por último, debe destacarse igualmente que varios miembros de la Comisión han llamado la atención sobre la dificultad intrínseca de determinar cuáles serían las personas que cabe calificar como "otros funcionarios de alto nivel", ya que su identificación dependerá en buena medida de los sistemas nacionales que definen la estructura orgánica y el modelo de atribución de competencias, que presentan diferencias de un Estado a otro²⁸⁰.

9) La Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* volvió a ocuparse del tema de la inmunidad de los otros altos funcionarios del Estado distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores. La Corte da un tratamiento separado a la inmunidad del Jefe de

para la decisión sobre el fondo bien en tanto que *obiter dicta*: *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Cour d'appel de Paris (Francia), sentencia de 28 de abril de 1961 (*a contrario*, reconoce implícitamente la inmunidad de un Ministro de Relaciones Exteriores), reproducida en *International Law Reports*, vol. 47, pág. 276; *Chong Boon Kim v. Kim Tong Shik and David Kim*, Tribunal de Circuito del Primer Circuito, Estado de Hawaii (Estados Unidos), sentencia de 9 de septiembre de 1963, reproducida en *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), págs. 186 y 187; *Saltany and others v. Reagan and others*, Tribunal de Distrito de Columbia (Estados Unidos), sentencia de 23 de diciembre de 1988, 702 F.Supp. 319; *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 30 de octubre de 2001 (169 F.Supp.2d.259); *H. S. A. et al. v. S. A. et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros)*, Tribunal de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003 (P-02-1139.f).

²⁸⁰ Esta dificultad ya fue señalada en su día por la propia Comisión en el párrafo 7) de los comentarios al proyecto de artículo 3 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (véase *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte)). Los mismos problemas fueron destacados por la Comisión en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 1 del Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas (*Anuario...*, 1972, vol. II); así como en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 21.1 del Proyecto de artículos sobre las misiones especiales (*Anuario...*, 1967, vol. II).

Estado de Djibouti y a la de otros dos altos cargos, a saber: el Fiscal General (*procureur de la République*) y el Jefe de la Seguridad Nacional. Respecto del Jefe de Estado la Corte se pronuncia de modo nítido para concluir que, con carácter general, se beneficia de la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* aunque ello no se aplique en el caso en cuestión como consecuencia de que la invitación para declarar cursada por las autoridades francesas no tiene carácter coercitivo²⁸¹. Respecto de los otros dos funcionarios de alto nivel la Corte argumenta que los actos que se les imputan no fueron realizados en ejercicio de sus funciones²⁸²; entiende que Djibouti no ha aclarado suficientemente si reclama a título de inmunidad del Estado, de inmunidad personal o de otro tipo de inmunidad; y concluye que "[l]a Corte constata, en primer lugar, que no existe ninguna base en derecho internacional que permita afirmar que los funcionarios concernidos tienen derecho a beneficiarse de inmunidades personales, teniendo en cuenta que no se trata de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas y que la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales no se aplica en este caso"²⁸³.

10) Por lo que se refiere a la práctica judicial nacional, es posible encontrar un cierto número de decisiones que se ocupan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* de otros funcionarios de alto nivel. Sin embargo, las decisiones en cuestión no son concluyentes. Así, mientras que algunas de las decisiones se pronuncian a favor de la inmunidad *ratione personae* de funcionarios de alto rango tales como un Ministro de Defensa o un Ministro de Comercio Internacional²⁸⁴, en otras los tribunales nacionales concluyen que la persona procesada no se beneficia de la inmunidad, bien sea porque no es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores, bien sea porque no pertenecen al círculo estrecho de funcionarios que merecerían tal tratamiento²⁸⁵,

²⁸¹ Causa *Certain Questions*, párrs. 170 a 180.

²⁸² *Ibid.*, párr. 191.

²⁸³ *Ibid.*, párr. 194. Véanse, en general, párrs. 181 a 197.

²⁸⁴ En este sentido, véase la causa *Re General Shaul Mofaz* (Ministro de Defensa de Israel), Tribunal de Distrito de Bow Street (Reino Unido), sentencia de 12 de febrero de 2004; y la causa *Re Bo Xilai* (Ministro de Comercio Internacional de China), Tribunal de Primera Instancia de Bow Street, sentencia de 8 de noviembre de 2005, en la que también se reconoce la inmunidad al Sr. Bo Xilai no solo por ser considerado un funcionario de alto rango sino fundamentalmente porque estaba en misión especial en el Reino Unido. Un tribunal de los Estados Unidos reconoció un año después la inmunidad del Sr. Bo Xilai en un proceso civil, basándose igualmente en que se encontraba en misión especial en los Estados Unidos: *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, Tribunal de Distrito de Columbia, sentencia de 24 de julio de 2006 (Civ. No. 04-0649). En el asunto *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"/Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84818), el tribunal reconoce con carácter general la inmunidad *ratione personae* de un Ministro de Defensa, pero en el caso en cuestión lo hace solo respecto de la inmunidad *ratione materiae*, ya que la persona encausada había dejado de estar en ejercicio en dicho cargo. En el caso *Nezzar*, Tribunal Penal Federal (Suiza), sentencia de 25 de julio de 2012 (BB.2011-140), el Tribunal declara con carácter general que un Ministro de Defensa en ejercicio se beneficiaría de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*; sin embargo en el caso en cuestión no reconoce la inmunidad porque el Sr. Nezzar ya ha finalizado su mandato y los actos realizados son constitutivos de crímenes internacionales, por lo que no se beneficia tampoco de la inmunidad *ratione materiae*.

²⁸⁵ Un caso paradigmático al efecto es el asunto *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 ([2011] EWHC 2029 (Admin)), en la que el tribunal admite que, con base en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, "en derecho internacional consuetudinario ciertas personas que ocupan un cargo de alto nivel tienen derecho a la inmunidad *ratione personae* durante su mandato" siempre que pertenezcan a un círculo reducido de personas que se identifican porque "sea posible vincular al individuo en cuestión a un estatus similar" al que correspondería al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de

lo que pone de manifiesto la gran dificultad que subyace en la identificación de otros altos funcionarios distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores respecto de los cuales se pueda concluir de forma incontrovertida que se benefician de la inmunidad *ratione personae*. Por otro lado, debe señalarse también que en algunas de esas decisiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de alto rango es analizada desde diferentes perspectivas (inmunidad *ratione personae*, inmunidad *ratione materiae*, inmunidad del Estado, inmunidad derivada de una misión especial), lo que pone de manifiesto la incertidumbre en la determinación de cual sea realmente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que se benefician los funcionarios de alto rango distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores²⁸⁶.

Relaciones Exteriores mencionados en la citada decisión. Tras un análisis de las funciones del Sr. Khurts Bat, concluyó que el mismo "queda fuera de este estrecho círculo". Con anterioridad, el Tribunal de Apelación de París tampoco había reconocido la inmunidad al Sr. Ali Ali Reza, ya que aunque era Ministro de Estado de la Arabia Saudita no era Ministro de Relaciones Exteriores (véase *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Cour d'appel de Paris (Francia), sentencia de 28 de abril de 1961). En el asunto *United States of America v. Manuel Antonio Noriega*, el Tribunal de Apelación del Undécimo Distrito, en su sentencia de 7 de julio de 1997 (recursos N^{os} 92-4687 y 96-4471), declaró que el Sr. Noriega, antiguo Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Panamá, no podía incluirse en la categoría de personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, al desestimar la alegación de Noriega de que en el momento en que se habían producido los hechos era Jefe de Estado o líder *de facto* de Panamá. Por su parte, en el asunto *Republic of Philippines v. Marcos*, (Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, sentencia de 11 de febrero de 1987 [665 F.Supp. 793]) el tribunal excluyó de la inmunidad *ratione personae* al Fiscal General de Filipinas. En el caso *I.T. Consultants, Inc. v. The Islamic Republic of Pakistan*, Court of Appeals, District of Columbia Circuit, sentencia de 16 de diciembre de 2003, el tribunal no reconoció inmunidad al Ministro de Agricultura de Pakistán. En el mismo sentido, en el reciente caso *Fotso v. Republic of Cameroon*, el tribunal ha concluido que el Ministro de Defensa y el Secretario de Estado de Defensa no se benefician de la inmunidad *ratione personae* que, sin embargo, sí había reconocido al Presidente del Camerún. Téngase en cuenta que en los tres casos anteriormente citados se trataba del ejercicio de la jurisdicción civil. Por otro lado, ha de señalarse que en algunas ocasiones el tribunal nacional no ha reconocido la inmunidad de jurisdicción a personas que desempeñan altos cargos en las partes constitutivas de un Estado federal. En este sentido, véanse los siguientes casos: *R. (on the application of Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, Queen's Bench Division (Divisional Court) (Reino Unido), sentencia de 25 de noviembre de 2005 (EWHC (QB) 2704), por la que deniega la inmunidad al Gobernador y Jefe Ejecutivo del Estado de Bayelsa, República Federal de Nigeria; y *Fiscalía (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, Tribunal de Casación, Tercera Sección de lo Penal (Italia), sentencia de 28 de diciembre de 2004, por la que deniega la inmunidad al Presidente de Montenegro antes del acceso a la independencia de dicho país. Finalmente, en el caso *Evgeny Adamov c. Office fédérale de la justice*, Tribunal Federal (Suiza), sentencia de 22 de diciembre de 2005, el tribunal deniega la inmunidad de un ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia en un asunto de extradición, pero en un *obiter dictum* admite que es posible que funcionarios de alto nivel sin determinar se puedan beneficiar de la inmunidad.

²⁸⁶ La sentencia en el caso *Khurts Bat* antes citado constituye un buen ejemplo de lo que se acaba de señalar. En el caso *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"/Association des familles des victimes du Joola*, sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84818), el tribunal se pronuncia al mismo tiempo, y de forma no suficientemente diferenciada, sobre la inmunidad *ratione personae* y sobre la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, en el caso *Nezzar*, el Tribunal Penal Federal de Suiza analiza igualmente si se puede aplicar la inmunidad *ratione materiae* o una inmunidad diplomática alegada por el interesado después de haber formulado una declaración general sobre la inmunidad *ratione personae*. En otros casos el argumento utilizado por el tribunal nacional presenta rasgos aún más imprecisos, como en el asunto *Kilroy v. Windsor*, Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Ohio, División Este, que en su sentencia de 7 de diciembre de 1978, recaída en un caso civil (Civ. No. C-78-291), reconoce la inmunidad *ratione personae* del Príncipe Carlos de Inglaterra porque forma parte de la familia real inglesa y es el

11) En un plano distinto, debe recordarse que la Comisión ya se ha referido a otros funcionarios de alto nivel en su Proyecto de artículos sobre las misiones especiales y en su Proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal²⁸⁷, ocupándose de la inmunidad de los mismos. Sin embargo, debe recordarse que las disposiciones antes citadas se limitan a establecer un régimen de salvaguardia en virtud del cual dichas personas seguirían disfrutando de las inmunidades que les reconoce el derecho internacional al margen de dichas Convenciones. Sin embargo, ni en el texto de los proyectos de artículos ni en los comentarios de la Comisión a los mismos se determina de forma clara cuáles son esas inmunidades y si las mismas incluyen o no una inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*. Por otro lado, debe destacarse que aunque dichos funcionarios de alto rango podrían considerarse incluidos en la categoría de "representantes del Estado" recogida en el artículo 2.1 a) iv) de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, dicha Convención —como ya se ha indicado antes— no se aplica a las "acciones penales". No obstante, algunos miembros de la Comisión han señalado que los funcionarios de alto rango sí se beneficiarían del régimen de inmunidades de las misiones especiales, incluida la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, cuando se encuentren en visita oficial en un tercer Estado en virtud del desempeño de las funciones de representación del Estado en el ámbito de las funciones sustantivas que les son propias. Se ha afirmado que ello ofrece una fórmula para proteger el correcto desempeño de las funciones sectoriales propias de esta categoría de funcionarios de alto rango en el ámbito internacional.

12) Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Comisión considera que los "otros funcionarios de alto rango" no se benefician de la inmunidad *ratione personae* a los efectos del presente proyecto de artículos, si bien ello se entiende sin perjuicio de las reglas propias de la inmunidad *ratione materiae*, y en el entendimiento de que estos funcionarios de alto rango, cuando se encuentren en visita oficial, se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en base a las normas de derecho internacional relativas a las misiones especiales.

13) En el proyecto de artículo se ha empleado la expresión "respecto del ejercicio" referida tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la jurisdicción penal extranjera. La Comisión ha decidido no emplear la citada expresión en el proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación del proyecto de artículos) a fin de no prejuzgar aspectos sustantivos de la inmunidad, en especial su alcance, que deben ser abordados en otros proyectos de artículos²⁸⁸. En el presente proyecto de artículo la Comisión ha decidido mantener la expresión "respecto del ejercicio" ya que ello pone de manifiesto la relación entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto²⁸⁹.

heredero a la Corona, pero también porque se encontraba en misión oficial en los Estados Unidos. Por su parte, en los asuntos relacionados con el Sr. Bo Xilai ha de destacarse que si bien tanto el tribunal británico como el estadounidense reconocen inmunidad de jurisdicción al Ministro de Comercio de China, lo hacen porque entienden que se encontraba en visita oficial y se beneficiaba de la inmunidad derivada de las misiones especiales.

²⁸⁷ La Comisión ha empleado en otras ocasiones la expresión "personalidad oficial" (Proyecto de artículos sobre la represión y sanción de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas) y "otras personalidades de rango elevado" (Proyecto de artículos sobre las misiones especiales).

²⁸⁸ Véase *supra*, párrafo 2) del citado comentario.

²⁸⁹ Véanse las causas *Arrest Warrant*, párr. 60, y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, párr. 58.

Artículo 4

Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 se refiere al ámbito de aplicación de la inmunidad *ratione personae* desde una doble perspectiva temporal y material. El alcance de la inmunidad *ratione personae* debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos temporal (párr. 1) y material (párr. 2). Aunque cada una de estas dimensiones tiene autonomía conceptual, la Comisión ha decidido incluirlas en un único artículo ya que ello ofrece una visión más completa del significado y alcance de la inmunidad de la que se benefician los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores. La Comisión ha decidido incluir en primer lugar el elemento temporal, ya que ello permite comprender mejor el alcance material de la inmunidad *ratione personae*, que se limita a un período de tiempo determinado.

2) En relación con el alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión ha considerado necesario incluir el término "únicamente", a fin de destacar la idea de que este tipo de inmunidad se aplica a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores exclusivamente durante el período en que se encuentran en el ejercicio de su mandato. Ello es coherente con la propia razón que inspira el reconocimiento de la citada inmunidad, que no es otra que la especial posición en que se encuentran las personas que detentan estos cargos dentro de la estructura del Estado, y que les coloca —en virtud del derecho internacional— en una posición especial, pues tienen un vínculo dual de carácter representativo y funcional con el Estado en el ámbito de las relaciones internacionales. Por consiguiente, la inmunidad *ratione personae* pierde su significado cuando el beneficiario deja de ejercer uno de esos cargos.

Esta posición ha sido mantenida por la Corte Internacional de Justicia, que en la decisión adoptada en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, ha afirmado que "(...) desde que una persona deja de ocupar el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores, ya no se beneficia de la totalidad de las inmunidades de jurisdicción que le reconocía el derecho internacional en otros Estados. Siempre que sea competente conforme al derecho internacional, un tribunal de un Estado puede juzgar a un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado por los actos que haya realizado antes o después de su mandato, así como por los actos que haya realizado a título privado durante dicho mandato"²⁹⁰. Aunque la Corte se refiere al Ministro de Relaciones Exteriores, el mismo razonamiento es aplicable *a fortiori* al Jefe del Estado y al Jefe de Gobierno. Por otro lado, la limitación de la inmunidad *ratione personae* al período de mandato durante el que los beneficiarios se encuentran en ejercicio de sus cargos se recoge también en convenciones que establecen algún régimen especial de inmunidad *ratione personae*, en

²⁹⁰ Causa *Arrest Warrant*, párr. 61.

especial la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre las Misiones Especiales²⁹¹. La propia Comisión, en los comentarios al Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, afirmó que "[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones"²⁹². El carácter temporal estricto de la inmunidad *ratione personae* ha sido igualmente confirmado por diversas decisiones de tribunales nacionales²⁹³.

En consecuencia, la Comisión considera que tras la terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue. La Comisión no ha considerado necesario pronunciarse sobre los criterios específicos que deben ser tenidos en cuenta para determinar el momento en que comienza y termina el mandato de los beneficiarios de la inmunidad, ya que ello depende en gran medida de cada ordenamiento jurídico estatal y la práctica al respecto es variada.

3) Durante el período de mandato —y solo durante dicho período— la inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados por el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, tanto si dichos actos han sido realizados a título privado como si han sido realizados a título oficial. De esta forma se recoge la configuración de la inmunidad *ratione personae* como una "inmunidad plena"²⁹⁴ que se refiere a cualquier acto realizado por alguna de las personas antes mencionadas. Esta configuración refleja la práctica estatal²⁹⁵.

²⁹¹ Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 39.2, y Convención sobre las Misiones Especiales, art. 43.2.

²⁹² Y añade: "[t]odas las actividades de los soberanos y embajadores que no guarden relación con sus funciones oficiales están sometidas a la jurisdicción local cuando los soberanos o embajadores han dejado de ocupar su cargo". *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), párrafo 19 del comentario al proyecto de artículo 2.1 b) v).

²⁹³ Esas decisiones a menudo han sido tomadas en el contexto de casos civiles, a los que también se aplica el principio de la limitación temporal de la inmunidad. Véase, por ejemplo, Cour d'appel de Paris, *Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 3 de junio de 1872; Tribunal civil de la Seine, *Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 25 de julio de 1916; Cour d'appel de Paris, *Ex-roi d'Egypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, 11 de abril de 1957, reproducidos en *Journal du droit international* (1957), págs. 716 a 718; Tribunal de Grande Instance de la Seine, *Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 12 de junio de 1963, reproducido en *Clunet*, 1964, pág. 285, versión inglesa reproducida en *ILR*, vol. 33, págs. 37 y 38; *United States of America v. Noriega* (1990) 746 F.Supp. 1506; *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994); y auto de solicitud de extradición de Pinochet, Madrid, 3 de noviembre de 1998.

²⁹⁴ La Corte Internacional de Justicia se refiere a este alcance material de la inmunidad *ratione personae* como "inmunidad plena" (causa *Arrest Warrant*, párr. 54). Por su parte, la propia Comisión, refiriéndose a la inmunidad *ratione personae* de los agentes diplomáticos afirmó que "[l]a inmunidad de la jurisdicción penal es total" (véase *Anuario...*, 1958, vol. II, pág. 105: comentario al artículo 29 del Proyecto de artículos sobre las relaciones e inmunidades diplomáticas, párr. 4)).

²⁹⁵ Véase, por ejemplo, *Arafat e Salah, Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX (1986), pág. 886; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de police*, ATF 115 Ib 496, parcialmente reproducido en *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), págs. 534 a 537 (versión inglesa en *ILR*, vol. 102, págs. 198 a 205); Cámara de los Lores, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 de marzo de 1999, reproducido en *ILM*, vol. 38, 1999, pág. 592; Tribunal de Apelación de París (Chambre d'accusation), *Affaire Kadhafi*, sentencia de 20 de octubre de 2000 (versión inglesa en *ILR*, vol. 125, pág. 495, en especial pág. 509); *H. S. A. et al. v. S. A. et al.*, decisión relativa al procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros, Nº P.02.1139.f, 12 de febrero de 2003, reproducida en *ILM*, vol. 42, Nº 3 (2003), pág. 596, en especial pág. 599; Tribunal Supremo de Sierra Leone, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court*,

Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, refiriéndose en especial a un Ministro de Relaciones Exteriores, es necesario hacer extensiva la inmunidad a los actos realizados tanto a título privado como oficial para garantizar que los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* no se vean impedidos de ejercer las funciones propias de su cargo, ya que "[l]as consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones oficiales son igualmente graves [...] con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados a título 'oficial' o a actos realizados a título 'privado'"²⁹⁶. De tal manera que, "no es posible hacer una distinción entre los actos realizados por un Ministro de Relaciones Exteriores a título 'oficial' y los que hubiera realizado a título 'privado'"²⁹⁷. El mismo razonamiento debe ser aplicado, *a fortiori*, respecto del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno.

4) Por lo que se refiere a la terminología empleada para referirse a los actos que quedan cubiertos por la inmunidad *ratione personae*, ha de tenerse en cuenta que no es posible encontrar una formulación única y uniforme en la práctica. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no distingue expresamente entre actos realizados a título privado u oficial para referirse a los actos a los que se extiende la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos, aunque se entiende que se aplica a ambas categorías²⁹⁸. Por otro lado, la terminología empleada en otros instrumentos, documentos y decisiones judiciales, así como por la doctrina, no es constante, empleándose, entre otros, los términos "actos oficiales y actos privados", "actos desarrollados en ejercicio de las funciones", "actos relativos a las funciones propias del cargo" o "actos realizados a título oficial y a título privado". La Comisión ha considerado preferible emplear en el presente proyecto de artículo la expresión "actos realizados tanto a título privado como a título oficial", siguiendo el uso de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

No obstante, la Comisión no ha considerado necesario pronunciarse en este momento sobre qué tipos de actos deban ser considerados como "actos realizados a título oficial", ya que dicha categoría será objeto de tratamiento en una fase ulterior, en relación con el análisis de la inmunidad *ratione materiae* y no debe ser prejuzgada en este momento.

Por otro lado, debe destacarse que al aprobar el párrafo 2 la Comisión no se ha ocupado de la problemática de las eventuales excepciones a la inmunidad, tema que será abordado ulteriormente.

5) Con el empleo del término "actos" la Comisión entiende que se hace referencia tanto a las acciones como a las omisiones. Aunque la terminología a emplear ha sido objeto de debate, la Comisión ha decidido emplear el término "actos" siguiendo la versión inglesa de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que

Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice, sentencia de 14 de octubre de 2005, SC N° 1/2003; España, *Case against Paul Kagame*, auto del Juzgado Central de Instrucción N° 4 (2008), págs. 156 y 157. Entre los casos más recientes, véanse *Association fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "Fenvac SOS catastrophe"*, *Association des familles des victimes du Joola et al.*, París, Chambre d'instruction de la Cour de Cassation, sentencia de 16 de junio de 2009, confirmada por la sentencia de la Cour de Cassation de 19 de enero de 2010; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, sentencia de 29 de julio de 2011 ([2011] EWHG 2020 (Admin), párr. 55); y *Nezzar*, Tribunal pénal fédéral suizo, sentencia de 25 de julio de 2012 (asunto BB.2011-140, fundamento jurídico 5.3.1.). Véase también Cour d'appel de Paris, Pôle 7, Deuxième chambre d'instruction, sentencia de 13 de junio de 2013.

²⁹⁶ Causa *Arrest Warrant*, párr. 55.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Así debe deducirse de la lectura conjunta de los artículos 31.1 y 39.2 de la Convención. En un sentido similar, deben entenderse los artículos 31.1 y 43.2 de la Convención sobre las Misiones Especiales.

en su artículo 1 utiliza el término "act", en el entendimiento de que un acto "puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas"²⁹⁹. Además, el empleo del término "acto" es común en el ámbito del Derecho Internacional Penal para definir las conductas (activas y omisivas) de las que se deriva la responsabilidad penal. Así, en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional se emplea el término "actos" de forma general en los artículos 6, 7 y 8, sin que ello haya generado dudas respecto de la inclusión bajo esta denominación tanto de las acciones como de las omisiones, dependiendo ello únicamente de cada concreto tipo penal. Por su parte, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Rwanda emplean igualmente el término "acto" para referirse a los comportamientos, tanto activos como omisivos, que constituyen un crimen de la competencia de dichos tribunales. El término "acto" ha sido utilizado igualmente en diversos tratados internacionales que, aunque tienen como objeto imponer obligaciones a los Estados, definen conductas de las que se puede derivar responsabilidad penal. Así sucede, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. 2), y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (art. 1).

6) Los actos a los que se extiende la inmunidad *ratione personae* son aquellos que un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores hayan realizado durante su mandato o con anterioridad al mismo. Ello se explica por la finalidad perseguida por la inmunidad *ratione personae*, que se refiere tanto a la protección de la igualdad soberana del Estado, como a la garantía de que los beneficiarios de este tipo de inmunidad puedan desarrollar sin trabas sus funciones de representación del Estado durante todo su mandato. Desde esta perspectiva, la aplicabilidad de la inmunidad *ratione personae* a los actos realizados por dichas personas durante su mandato no precisa de mayores aclaraciones. Por lo que se refiere a los actos realizados antes del mandato, debe destacarse que la inmunidad *ratione personae* se aplica a los mismos solo si la jurisdicción penal de un tercer Estado pretende ejercerse durante el período en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores están en ejercicio. Y ello porque, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Orden de detención*, "no es posible hacer una distinción [...] entre los actos realizados antes de que el interesado haya asumido las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores y los actos realizados durante el ejercicio de su mandato. Así, si un Ministro de Relaciones Exteriores es arrestado en otro Estado como consecuencia de una acusación penal, se encontrará claramente impedido de ejercer las funciones inherentes a su cargo. Las consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones son igualmente graves [...], con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados antes de que la persona ocupe el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores o a actos realizados durante su mandato"³⁰⁰.

En todo caso, debe destacarse que, como también ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el mismo asunto, la inmunidad *ratione personae* tiene una naturaleza procesal y no puede interpretarse como una exoneración de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores por los actos cometidos durante su mandato o con anterioridad al mismo, sino únicamente como una fórmula de suspensión del ejercicio de la jurisdicción extranjera durante el

²⁹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 43 y 44, comentario al proyecto de artículo 1, párr. 1). Ha de advertirse que si bien las versiones española y francesa utilizan un término distinto para referirse a la misma categoría ("hecho" y "fait", respectivamente), la parte del comentario de la Comisión que se reproduce *supra* es idéntico en las tres versiones lingüísticas.

³⁰⁰ *Causa Arrest Warrant*, párr. 55.

período de mandato de dichos altos cargos³⁰¹. Por consiguiente, tras el término del citado mandato, los actos realizados durante el período de ejercicio de funciones o con anterioridad al mismo dejarán de estar cubiertos por la inmunidad *ratione personae* y podrán ser sometidos, según los casos, a la jurisdicción penal que no pudo ejercerse durante el período de mandato.

Por último, debe destacarse que la inmunidad *ratione personae* no se aplica en ningún caso a los actos realizados por un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato. Puesto que en ese momento se consideran ya "antiguos" Jefes de Estado, "antiguos" Jefes de Gobierno o "antiguos" Ministros de Relaciones Exteriores, la inmunidad se habría extinguido con la terminación del citado mandato.

7) El párrafo 3 aborda lo que sucede tras el término del mandato del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores con los actos que hayan realizado a título oficial mientras que se encontraban en ejercicio. El párrafo 3 parte del principio de que la inmunidad *ratione personae* se extingue tras el fin del mandato del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores. Por tanto, la inmunidad *ratione personae* no subsiste tras la terminación del mandato de aquellos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Se trata de una cuestión que no es controvertida en términos sustantivos, a pesar de lo cual se ha reflejado con expresiones muy variadas en la práctica estatal, convencional y judicial³⁰².

Así pues, el párrafo 3 establece una cláusula "sin perjuicio" relativa a la aplicabilidad, en su caso, de la inmunidad *ratione materiae* respecto de dichos actos. Ello no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a dejar a salvo la eventual aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial y durante su mandato por un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores, cuando ello sea posible en virtud de las reglas que rigen dicha categoría de inmunidad. El párrafo 3 no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que será objeto de desarrollo en la parte III del presente proyecto de artículos.

³⁰¹ "La inmunidad de jurisdicción puede obstaculizar las acciones penales durante un cierto período o respecto de ciertas infracciones; no puede exonerar de toda responsabilidad penal a la persona que se beneficia de la inmunidad" (causa *Arrest Warrant*, párr. 60).

³⁰² Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, refiriéndose a la inmunidad de los miembros de la misión diplomática, afirma expresamente que "no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión" (art. 39.2); formulación que es repetida por la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 43.1). Por lo que se refiere a la jurisprudencia estatal, la forma en que se expresa esta problemática es muy variada, hablándose en ocasiones de una "inmunidad residual", de la "continuidad de la inmunidad respecto de los actos oficiales" o empleándose fórmulas similares. A este respecto, véase el análisis desarrollado por la Secretaría en el Memorando de 2008 (A/CN.4/596, párrs. 137 y ss.).

Capítulo VI

Protección de las personas en casos de desastre

A. Introducción

50. En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema "Protección de las personas en casos de desastre" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Eduardo Valencia Ospina³⁰³. En ese mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio de referencia sobre el tema, limitado en principio a los desastres naturales.

51. En su 60º período de sesiones (2008), la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/598), en el que este reseñaba la evolución de la protección de las personas en casos de desastre y exponía las fuentes del derecho sobre el tema, así como los intentos anteriores de codificación y desarrollo progresivo del derecho en este ámbito. También presentaba a grandes rasgos los diversos aspectos del alcance general del tema a fin de determinar las principales cuestiones jurídicas que había que tratar y proponer unas conclusiones provisionales, sin perjuicio del resultado del debate que el informe tenía por objeto suscitar en la Comisión. También tuvo ante sí la Comisión un memorando de la Secretaría que se centraba primordialmente en los desastres naturales (A/CN.4/590 y Add.1 a 3) y ofrecía un panorama general de los instrumentos y textos jurídicos existentes aplicables a diversos aspectos de la prevención de los desastres y la asistencia de socorro, así como de la protección de las personas en casos de desastre.

52. En su 61º período de sesiones, en 2009, la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/615 y Corr.1), en el que se analizaban el alcance del tema *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis* y cuestiones relacionadas con la definición de "desastre" a efectos de ese tema y se abordaba el estudio del deber fundamental de cooperar. El informe contenía además propuestas para tres proyectos de artículo. La Comisión tuvo asimismo ante sí respuestas que habían presentado por escrito la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la Secretaría de las Naciones Unidas y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja a las preguntas que les envió la Comisión en 2008.

53. En su 62º período de sesiones (2010) la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 (Alcance), 2 (Objeto), 3 (Definición de desastre), 4 (Relación con el derecho internacional humanitario) y 5 (Deber de cooperar), que habían sido examinados en el período de sesiones anterior, en la 3057ª sesión, celebrada el 4 de junio de 2010. La Comisión tuvo también ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/629) en el que se ofrecía una sinopsis de las opiniones de los Estados sobre la labor realizada por la Comisión, un examen de los principios que inspiran la protección de las personas en casos de desastre y un examen de la cuestión de la responsabilidad del Estado afectado. En el informe figuraban propuestas para otros tres proyectos de artículo.

54. En su 63º período de sesiones (2011), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 6 (Principios humanitarios en la respuesta a los desastres),

³⁰³ En su 2929ª sesión, celebrada el 1 de junio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10)*, párr. 375). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema se había incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 58º período de sesiones (2006), tomando como base la propuesta que figuraba en el anexo D del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10)*).

7 (Dignidad humana), 8 (Derechos humanos) y 9 (Papel del Estado afectado), que habían sido examinados en el período de sesiones anterior, en la 3102ª sesión, celebrada el 11 de julio de 2011. La Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/643 y Corr.1), que contenía, entre otras cosas, un examen de la responsabilidad del Estado afectado de buscar asistencia cuando su capacidad nacional de respuesta se vea superada, del deber del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento para la asistencia externa, y del derecho de la comunidad internacional a ofrecer asistencia. En el informe se hacían propuestas para otros tres proyectos de artículo. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 10 (Deber del Estado afectado de buscar asistencia) y 11 (Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa) en la 3116ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2011, si bien no pudo concluir el examen del proyecto de artículo 12 por falta de tiempo.

55. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/652) que ofrecía una sinopsis de las opiniones de los Estados sobre la labor realizada por la Comisión hasta el momento, un breve examen de la posición del Relator Especial respecto de la cuestión planteada por la Comisión en el capítulo III.C de su informe anual de 2011, y un examen más a fondo del deber de cooperar. En el informe figuraba también un análisis de las condiciones para la prestación de asistencia y de la cuestión de la terminación de la asistencia. Se hacían en él propuestas para tres proyectos de artículo. En su 3152ª sesión, celebrada el 30 de julio de 2012, la Comisión tomó nota de los proyectos de artículo 5 *bis* y 12 a 15 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.812).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

56. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/662), en el que se trataban aspectos de la prevención en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre como la reducción del riesgo de desastres, la prevención como principio de derecho internacional y la cooperación internacional en materia de prevención. El informe ofrecía además una sinopsis de la política y la legislación nacionales. En él se hacían propuestas para los dos proyectos de artículo siguientes: el proyecto de artículo 5 *ter* (Cooperación para reducir el riesgo de desastres)³⁰⁴ y el proyecto de artículo 16 (Deber de prevenir)³⁰⁵.

57. La Comisión examinó el sexto informe en sus sesiones 3175ª a 3180ª, celebradas del 8 al 16 de julio de 2013.

³⁰⁴ El proyecto de artículo 5 *ter* decía lo siguiente:

Cooperación para reducir el riesgo de desastres

La cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres.

³⁰⁵ El proyecto de artículo 16 decía lo siguiente:

Deber de prevenir

1. Los Estados reducirán el riesgo de desastres mediante la adopción de medidas adecuadas para asegurar la definición de las responsabilidades y los mecanismos de rendición de cuentas y el establecimiento de arreglos institucionales, a fin de prevenir y mitigar esos desastres y prepararse para ellos.

2. Las medidas adecuadas comprenderán, en particular, la realización de evaluaciones de riesgo de peligros múltiples, la reunión y la difusión de información sobre riesgos y pérdidas y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana.

58. En su 3180ª sesión, el 16 de julio de 2013, la Comisión remitió los proyectos de artículo 5 *ter* y 16 al Comité de Redacción.

59. La Comisión aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 5 *bis* y 12 a 15, que habían sido examinados en el período de sesiones anterior, en la 3162ª sesión, celebrada el 10 de mayo de 2013. La Comisión aprobó también el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 5 *ter* y 16 en la 3187ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2013 (secc. C.1, *infra*).

60. En sus sesiones 3190ª y 3191ª, celebradas los días 2 y 5 de agosto de 2013, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo 5 *bis*, 5 *ter* y 12 a 16 (secc. C.2, *infra*).

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la protección de las personas en casos de desastre aprobados hasta el momento por la Comisión

1. Texto del proyecto de artículos

61. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión³⁰⁶.

Artículo 1 **Ámbito de aplicación**

El presente proyecto de artículos se aplica a la protección de las personas en casos de desastre.

Artículo 2 **Objeto**

El presente proyecto de artículos tiene por objeto facilitar una respuesta eficaz y adecuada a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos.

Artículo 3 **Definición de desastre**

Se entiende por "desastre" un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionen pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad.

Artículo 4 **Relación con el derecho internacional humanitario**

El presente proyecto de artículos no se aplicará a situaciones en que sean aplicables las normas del derecho internacional humanitario.

³⁰⁶ Para consultar los comentarios a los proyectos de artículo 1 a 5, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/65/10)*, párr. 331. Para los comentarios a los proyectos de artículo 6 a 11, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párr. 289.

Artículo 5

Deber de cooperar

De conformidad con el presente proyecto de artículos, los Estados, según proceda, cooperarán entre sí, así como con las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales competentes, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja, y con las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Artículo 5 bis

Formas de cooperación

A los fines del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y suministros de socorro y de recursos científicos, médicos y técnicos.

Artículo 5 ter

Cooperación para reducir el riesgo de desastres

La cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres.

Artículo 6

Principios humanitarios en la respuesta a los desastres

La respuesta a los desastres se llevará a cabo con arreglo a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables.

Artículo 7

Dignidad humana

Al responder a los desastres, los Estados, las organizaciones intergubernamentales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes respetarán y protegerán la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 8

Derechos humanos

Las personas afectadas por los desastres tendrán derecho a que se respeten sus derechos humanos.

Artículo 9

Papel del Estado afectado

1. El Estado afectado, en virtud de su soberanía, tendrá el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio.
2. Corresponderá al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicho socorro y asistencia.

Artículo 10

Deber del Estado afectado de buscar asistencia

El Estado afectado tendrá el deber de buscar asistencia, según proceda, de terceros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales

competentes y organizaciones no gubernamentales pertinentes, en la medida en que el desastre supere su capacidad nacional de respuesta.

Artículo 11

Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa

1. La prestación de asistencia externa requerirá el consentimiento del Estado afectado.

2. El consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente.

3. Cuando se haga un ofrecimiento de asistencia conforme al presente proyecto de artículos, el Estado afectado comunicará, cuando sea posible, su decisión sobre ese ofrecimiento.

Artículo 12

Ofrecimientos de asistencia

Los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes tendrán derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado para responder a un desastre. Las organizaciones no gubernamentales pertinentes también podrán ofrecer asistencia al Estado afectado.

Artículo 13

Condiciones de prestación de la asistencia externa

El Estado afectado podrá establecer condiciones para la prestación de la asistencia externa. Dichas condiciones deberán ajustarse al presente proyecto de artículos, a las normas del derecho internacional aplicables y al derecho interno del Estado afectado. Estas condiciones deberán tener en cuenta las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia. Al formular tales condiciones el Estado afectado deberá indicar el alcance y el tipo de la asistencia requerida.

Artículo 14

Facilitación de la asistencia externa

1. El Estado afectado tomará las medidas necesarias, con arreglo a su derecho interno, para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia externa, en particular en relación con:

a) el personal de socorro civil y militar, en ámbitos como los privilegios e inmunidades, las condiciones de los visados y de entrada, los permisos de trabajo y la libertad de circulación; y

b) los bienes y el equipo, en ámbitos como la reglamentación aduanera y los aranceles, la imposición, el transporte, así como su disposición ulterior.

2. El Estado afectado se asegurará de que su legislación y otras normas pertinentes sean fácilmente accesibles, a fin de facilitar el respeto del derecho interno.

Artículo 15

Cese de la asistencia externa

El Estado afectado y el Estado que preste asistencia y, en su caso, los otros actores que presten asistencia, consultarán entre sí sobre el cese de la asistencia

externa y sus modalidades. El Estado afectado, el Estado que preste asistencia, o los otros actores que presten asistencia que deseen el cese de la actividad lo notificarán de manera apropiada.

Artículo 16

Deber de reducir el riesgo de desastres

1. Todo Estado reducirá el riesgo de desastres adoptando las medidas necesarias y apropiadas, incluso mediante legislación y otras normas, con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos.

2. Las medidas para reducir el riesgo de desastres incluyen la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones

62. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65º período de sesiones.

Artículo 5 bis

Formas de cooperación

A los fines del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y suministros de socorro y de recursos científicos, médicos y técnicos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 bis trata de aclarar las diversas formas que puede revestir la cooperación entre los Estados afectados, los Estados que presten asistencia y los otros actores que presten asistencia en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre. En términos generales, la cooperación está consagrada en el proyecto de artículo 5 como un principio rector y un deber fundamental con respecto al tema que se examina, ya que desempeña un papel central en las actividades de socorro en casos de desastre. El papel esencial de la cooperación se presta a un enunciado más detallado de los tipos de cooperación pertinentes en este contexto. Por ello, el presente proyecto de artículo tiene por objeto profundizar en el significado del proyecto de artículo 5, sin crear ninguna obligación jurídica adicional.

2) La lista de las formas de cooperación que figura en el proyecto de artículo 5 bis —la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y suministros de socorro y de recursos científicos, médicos y técnicos— se inspira de manera general en la segunda oración del párrafo 4 del proyecto de artículo 17 de la versión definitiva del Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, que amplía la obligación general de cooperar que figura en el artículo 7 de ese proyecto de artículos describiendo la cooperación necesaria en situaciones de emergencia³⁰⁷. La segunda oración del párrafo 4 del proyecto de artículo 17 dice lo siguiente:

³⁰⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10), cap. IV.E, párrs. 53 y 54.*

"Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal, equipos y provisiones para responder a emergencias, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria."³⁰⁸

Dado que esta disposición se ha redactado específicamente con referencia a un contexto conexo, a saber, la necesidad de cooperación en caso de una situación de emergencia que afecte a un acuífero transfronterizo, la Comisión consideró que su formulación era un punto de partida útil para la redacción del proyecto de artículo 5 *bis*. No obstante, el texto del artículo 5 *bis* se adaptó para reflejar debidamente el contexto y el objeto del presente proyecto de artículos y para asegurar que tuviera en cuenta las principales esferas de cooperación que se contemplan en los instrumentos internacionales que regulan la respuesta a los desastres. Puede encontrarse una formulación similar en la Declaración de la ASEAN sobre asistencia mutua en casos de desastre natural, de 26 de junio de 1976, en que se afirma que "los Estados Miembros cooperarán, dentro de sus respectivas capacidades, para mejorar los cauces de comunicación entre ellos en lo relativo a las alertas de desastres, el intercambio de expertos y personas en formación, el intercambio de información y documentación y la distribución de suministros médicos, servicios y asistencia de socorro"³⁰⁹. De manera análoga, al explicar los ámbitos en que convendría que las Naciones Unidas asumieran una función de coordinación y promovieran la cooperación, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se pide coordinación con respecto al "personal especializado y los grupos de especialistas técnicos, así como [...] los suministros, el equipo y los servicios de socorro [...]"³¹⁰.

3) Al comienzo del proyecto de artículo 5 *bis* se dice que las formas de cooperación se establecen "a los fines del presente proyecto de artículos". Así pues, el proyecto de artículo 5 *bis*, que debe leerse conjuntamente con los demás proyectos de artículo, está orientado al objeto del tema en su conjunto que se expone en el proyecto de artículo 2, a saber, "facilitar una respuesta eficaz y adecuada a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos". En el contexto del tema que se examina, el objetivo último del deber de cooperar, y por tanto de cualquiera de las formas de cooperación a que se hace referencia en el proyecto de artículo 5 *bis*, es la protección de las personas afectadas por los desastres.

4) Si bien en el proyecto de artículo se destacan formas de cooperación específicas, la lista no pretende ser exhaustiva, sino ilustrar los principales ámbitos en que la cooperación puede ser apropiada según las circunstancias. El carácter no exhaustivo de la lista se pone de relieve con el uso de la palabra "incluye" y su equivalente en los otros idiomas oficiales. La Comisión determinó que las formas destacadas son los principales ámbitos en que puede requerirse la cooperación y son lo suficientemente amplias como para abarcar una amplia variedad de actividades de cooperación. Por consiguiente, la cooperación puede incluir las actividades mencionadas, pero no se limita a ellas; no se excluyen otras formas de cooperación no especificadas en el presente proyecto de artículo, como el apoyo financiero; la transferencia de tecnología que incluya, entre otras, las imágenes de satélite; la formación; el intercambio de información; y la planificación y los ejercicios de simulación conjuntos.

5) Habida cuenta de que el proyecto de artículo 5 *bis* ilustra posibles formas de cooperación, no pretende imponer a los Estados afectados ni a los actores que presten asistencia ninguna obligación jurídica adicional de realizar determinadas actividades. Las formas que puede revestir la cooperación dependerán necesariamente de una serie de

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ ASEAN, Documents Series 1976.

³¹⁰ Párr. 27.

factores, como la naturaleza del desastre, las necesidades de las personas afectadas y las capacidades del Estado afectado y de los actores que presten asistencia. Al igual que el propio principio de cooperación, las formas de cooperación del proyecto de artículo 5 *bis* pretenden ser de naturaleza recíproca, ya que la cooperación no es un acto unilateral, sino que implica la colaboración de múltiples partes³¹¹. Así pues, el proyecto de artículo no pretende ser una lista de actividades que puede llevar a cabo un Estado que preste asistencia, sino de ámbitos en que puede ser conveniente armonizar los esfuerzos mediante consultas tanto al Estado afectado como a los actores que presten asistencia.

6) Asimismo, la cooperación en los ámbitos mencionados debe estar en conformidad con los demás proyectos de artículo. Por ejemplo, al igual que ocurre con el proyecto de artículo 5, las formas de cooperación indicadas en el artículo 5 *bis* deben ser compatibles con el proyecto de artículo 9, que otorga al Estado afectado, "en virtud de su soberanía", el papel principal en la asistencia de socorro en casos de desastre. La cooperación también debe ajustarse a la exigencia del consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa (proyecto de artículo 11), así como al reconocimiento de que el Estado afectado puede establecer condiciones apropiadas para la prestación de la asistencia externa, en particular en lo que respecta a las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia (proyecto de artículo 13). La cooperación guarda relación asimismo con el proyecto de artículo 14, en que se reconoce la función del Estado afectado en la facilitación de la prestación pronta y efectiva de asistencia a las personas afectadas por el desastre. Así, y dado que el proyecto de artículo 5 *bis* no crea ninguna nueva obligación jurídica, la relación entre el Estado afectado, el Estado que preste asistencia y los otros actores que presten asistencia en lo que respecta a las formas de cooperación antes mencionadas se ajustará a lo establecido en las demás disposiciones del presente proyecto de artículos.

7) La asistencia humanitaria figura deliberadamente como la primera de las formas de cooperación mencionadas en el proyecto de artículo 5 *bis* porque la Comisión considera que este tipo de cooperación tiene una importancia fundamental en el contexto de la prestación de socorro en casos de desastre. La segunda categoría, la de la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones, pretende ser suficientemente amplia para abarcar la mayoría de las actividades de cooperación en la fase de prestación de socorro en casos de desastre y puede incluir la coordinación logística, la supervisión y la facilitación de las actividades, así como el traslado de personal y equipo para responder al desastre y el intercambio de información sobre el desastre. Si bien el intercambio de información figura con frecuencia en los instrumentos que destacan la cooperación en la fase anterior al desastre como una forma preventiva de reducir el riesgo de desastre³¹², la comunicación y la información también son pertinentes en la fase de prestación de socorro en casos de desastre para hacer un seguimiento de la evolución de la situación y facilitar la coordinación de las operaciones de socorro entre los diversos actores implicados. Varios instrumentos tratan la comunicación y el intercambio de información en el contexto de la prestación de socorro en casos de desastre³¹³. La mención de "la puesta a

³¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/65/10)*, párr. 331, comentario al proyecto de artículo 5, párr. 6).

³¹² Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN sobre gestión en casos de desastre y respuesta de emergencia (26 de julio de 2005), *ASEAN Documents Series 2005*, pág. 157 ("Acuerdo de la ASEAN"), art. 18, párr. 1.

³¹³ Véase, por ejemplo, el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofe, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2296, pág. 5 ("Convenio de Tampere"), art. 3 (en que se insta a "la instalación de equipo de telecomunicaciones terrenales y por satélite para predecir y observar peligros naturales y catástrofes, así como para proporcionar información en relación con estos eventos", y al "intercambio entre los Estados Partes y entre estos y otros Estados, entidades no estatales y

disposición de personal de socorro, de equipo y suministros de socorro y de recursos científicos, médicos y técnicos" hace referencia a la provisión de todos los recursos necesarios para las operaciones de respuesta a los desastres. La referencia a "personal" puede entrañar la puesta a disposición de equipos médicos, equipos de búsqueda y salvamento, ingenieros y especialistas técnicos, traductores e intérpretes u otras personas que participan en actividades de socorro en nombre de uno de los actores pertinentes —el Estado afectado, el Estado que presta asistencia o los otros actores que prestan asistencia—, y la cooperación entre ellos. El término "recursos" abarca conocimientos especializados científicos, técnicos y médicos, así como equipo, herramientas, medicamentos u otros objetos que sean de utilidad para las actividades de socorro.

8) El proyecto de artículo 5 *bis* contiene una lista de las posibles formas de cooperación en la fase de prestación de socorro en casos de desastre o fase posterior al desastre. Por tanto, el contenido del proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier norma aplicable sobre cooperación en la fase anterior al desastre, en particular sobre la prevención de los desastres, la preparación para los desastres y la mitigación de sus efectos.

Artículo 5 *ter*
Cooperación para reducir el riesgo de desastres

La cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres.

Comentario

1) Mientras que el proyecto de artículo 5 *bis* se refiere a las diversas formas que puede adoptar la cooperación en la fase de socorro en casos de desastre, o sea la fase posterior del ciclo del desastre, el proyecto de artículo 5 *ter* indica que el ámbito de aplicación *ratione temporis* del deber de cooperar, consagrado en términos generales en el proyecto de artículo 5, abarca también la fase previa al desastre. Así pues, mientras que el proyecto de artículo 5 *bis* se ocupa de la respuesta a un desastre, el proyecto de artículo 5 *ter* se refiere a la reducción del riesgo de desastres.

2) La presente disposición define la cooperación a la que se hace referencia relacionándola con la "adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres". Esta oración debe entenderse a la luz de los dos párrafos del proyecto de artículo 16, en particular el párrafo 2, que prevé una serie de medidas orientadas específicamente a la reducción del riesgo de desastres.

3) El proyecto de artículo 5 *ter* ha sido aprobado provisionalmente en el entendimiento de que su aprobación no prejuzgaba su ubicación definitiva en el proyecto de artículos, incluida, en particular, su incorporación al mismo tiempo que el proyecto de artículo 5 *bis* en un nuevo proyecto de artículo 5 revisado. Estas son cuestiones que se han dejado en suspenso para ajustarlas cuando se finalice la primera lectura del proyecto de artículos.

organizaciones intergubernamentales de información acerca de peligros naturales, peligros para la salud y catástrofes, así como la comunicación de dicha información al público, particularmente a las comunidades amenazadas"); las Directrices para la utilización de recursos civiles y militares en operaciones de socorro en caso de catástrofes ("Directrices de Oslo") revisadas en 2006, párr. 54. Véase también el debate en el Memorando de la Secretaría, A/CN.4/590, párrs. 72 y 159.

Artículo 12

Ofrecimientos de asistencia

Los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes tienen derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado para responder a un desastre. Las organizaciones no gubernamentales pertinentes también pueden ofrecer asistencia al Estado afectado.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 12 se reconoce el interés de la comunidad internacional en la protección de las personas en casos de desastre, que debe considerarse complementario de la función principal del Estado afectado consagrada en el proyecto de artículo 9. Es una expresión del principio de solidaridad en que se basa todo el conjunto de proyectos de artículo sobre el tema y, en particular, del principio de cooperación consagrado en los proyectos de artículos 5 y 5 *bis*.

2) El proyecto de artículo 12 solo se refiere a los "ofrecimientos" de asistencia, no a su "prestación" efectiva. Esos ofrecimientos, ya sean unilaterales o en respuesta a una solicitud, son esencialmente voluntarios y no deben interpretarse como un reconocimiento de la existencia de una obligación jurídica de prestar asistencia. El ofrecimiento de asistencia tampoco impone al Estado afectado la correspondiente obligación de aceptarlo. Con arreglo al principio fundamental de soberanía que informa el conjunto de los proyectos de artículo, el Estado afectado puede aceptar en todo o en parte, o no aceptar, los ofrecimientos de asistencia de Estados o de actores no estatales, de conformidad con el artículo 11³¹⁴.

El requisito de que los ofrecimientos de asistencia se hagan "conforme al presente proyecto de artículos" implica, entre otras consecuencias, que esos ofrecimientos no pueden ser de carácter discriminatorio ni estar sujetos a condiciones que sean inaceptables para el Estado afectado.

3) Los ofrecimientos de asistencia que son compatibles con el presente proyecto de artículos no pueden considerarse una injerencia en los asuntos internos del Estado afectado. Esta conclusión concuerda con la declaración del Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados:

"El ofrecimiento por un Estado, un grupo de Estados, una organización internacional o un órgano humanitario imparcial como el Comité Internacional de la Cruz Roja de alimentos y artículos médicos a otro Estado en cuyo territorio se vea gravemente amenazada la vida o la salud de la población no puede considerarse una intervención ilegítima en los asuntos internos de ese Estado [...]"³¹⁵

4) En el proyecto de artículo 12 se aborda la cuestión de los ofrecimientos de asistencia por terceros a Estados afectados mencionando en dos oraciones separadas los actores que más frecuentemente realizan ese tipo de ofrecimientos cuando ocurre un desastre. En la primera oración se mencionan los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes, mientras que en la segunda se hace referencia a las organizaciones no gubernamentales. La Comisión decidió utilizar una formulación

³¹⁴ Para consultar las opiniones expresadas con respecto al proyecto de artículo 12, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/66/10), párrs. 278 a 283. Véanse también *ibid.*, párr. 44, y A/CN.4/652, párrs. 55 a 78.

³¹⁵ Instituto de Derecho Internacional, sesión de Santiago de Compostela, "La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados" (13 de diciembre de 1989), art. 5.

diferente en cada una de las dos oraciones. En la primera optó por el enunciado "tienen derecho a ofrecer asistencia" por motivos de énfasis. Los Estados, las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales no solo tienen derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado, sino que también se los alienta a que lo hagan. En cambio, al referirse a las organizaciones no gubernamentales en la segunda oración, la Comisión utilizó las palabras "también pueden ofrecer asistencia" para subrayar la diferencia existente, en términos de naturaleza y condición jurídica, entre la situación de esas organizaciones y la de los Estados y las organizaciones intergubernamentales.

5) En la segunda oración del proyecto de artículo 12 se reconoce la importante función que cumplen esas organizaciones no gubernamentales que, por su naturaleza, ubicación y conocimientos especializados, están en condiciones de proporcionar asistencia en respuesta a un desastre concreto. El papel de los actores no gubernamentales y de otra índole en las operaciones de socorro no es una novedad en el derecho internacional. En los Convenios de Ginebra de 1949 ya se establecía que, en situaciones de conflicto armado:

"[...] Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto."³¹⁶

Del mismo modo, en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra se dispone lo siguiente:

"Las sociedades de socorro establecidas en el territorio de la Alta Parte contratante, tales como las organizaciones de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos), podrán ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado. La población civil puede, incluso por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos."³¹⁷

La Asamblea General subrayó la importante contribución que aportaban a las respuestas en casos de desastre las organizaciones no gubernamentales que actuaban con fines estrictamente humanitarios en su resolución 43/131, de 8 de diciembre de 1988, titulada "Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares", en la que la Asamblea, entre otras cosas, invitó a todos los Estados afectados a "facilitar la prestación por dichas organizaciones de asistencia humanitaria, especialmente el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, para lo cual es indispensable el acceso a las víctimas" e hizo un llamamiento "a todos los Estados para que presten apoyo a dichas organizaciones, donde sea necesario, en sus actividades de asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares"³¹⁸.

Artículo 13

Condiciones de prestación de la asistencia externa

El Estado afectado puede establecer condiciones para la prestación de la asistencia externa. Dichas condiciones deben ajustarse al presente proyecto de artículos, a las normas del derecho internacional aplicables y al derecho interno del Estado afectado. Estas condiciones deben tener en cuenta las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia.

³¹⁶ Véase, por ejemplo, el Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, N° 970, pág. 31, art. 3 2).

³¹⁷ 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), 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, N° 17513, pág. 609, art. 18 1).

³¹⁸ Véase la resolución 43/131 de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 1988, párrs. 4 y 5.

Al formular tales condiciones el Estado afectado debe indicar el alcance y el tipo de la asistencia requerida.

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 se refiere al establecimiento por los Estados afectados de condiciones para la prestación de asistencia externa en su territorio. Afirma el derecho de los Estados afectados a establecer condiciones para esa asistencia que se ajusten al presente proyecto de artículos, a las normas del derecho internacional aplicables y al derecho interno. En el artículo se indica la forma de determinar dichas condiciones. La naturaleza de las condiciones debe guiarse por las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y por la calidad de la asistencia. También se exige que, al formular tales condiciones, el Estado afectado indique el alcance y el tipo de asistencia requerida.

2) El proyecto de artículo desarrolla el principio consagrado en el proyecto de artículo 9, en que se reconoce el papel principal del Estado afectado en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. Al utilizar la fórmula "puede establecer condiciones", que se ajusta al carácter voluntario de la prestación de asistencia, el proyecto de artículo 13 reconoce el derecho del Estado afectado a establecer condiciones para esa asistencia, preferentemente antes de que ocurra el desastre, pero también con respecto a formas concretas de asistencia por actores específicos durante la fase de respuesta. La Comisión hace referencia a la asistencia "externa" porque el alcance de la disposición abarca la asistencia de terceros Estados o de otros actores que presten asistencia, como las organizaciones internacionales, pero no la asistencia procedente de fuentes internas, como las organizaciones no gubernamentales nacionales.

3) El proyecto de artículo limita el derecho de un Estado afectado a condicionar la asistencia, que debe ejercerse de conformidad con las normas jurídicas aplicables. En la segunda oración se describe el marco jurídico en que pueden imponerse las condiciones, que comprende el "presente proyecto de artículos, [...] las normas del derecho internacional aplicables y [el] derecho interno del Estado afectado". La Comisión incluyó las palabras "al presente proyecto de artículos" para destacar que todas las condiciones deben ajustarse a los principios enunciados en los artículos anteriores y posteriores, ya que no hay necesidad de repetir una enumeración de los principios humanitarios y jurídicos que ya se abordan en otras disposiciones, en particular la buena fe, la soberanía y los principios humanitarios enunciados en el proyecto de artículo 6, a saber, la humanidad, la neutralidad, la imparcialidad y la no discriminación.

4) La referencia al derecho interno pone de relieve la autoridad de las leyes nacionales en la zona afectada específica. Sin embargo, no significa que el derecho interno deba regular previamente los aspectos específicos de las condiciones planteadas por un Estado afectado en caso de desastre. Si bien no se exige la existencia de una legislación nacional específica para poder establecer condiciones, estas deben ajustarse a la legislación nacional pertinente vigente en el Estado afectado.

5) Tanto el Estado afectado como el actor que preste asistencia deben cumplir las normas del derecho interno aplicables. El Estado afectado solo puede imponer condiciones que se ajusten a esas leyes y el actor que preste asistencia debe cumplir esas leyes en todo momento durante toda la asistencia. Esta reciprocidad no se especifica en el proyecto de artículo, ya que es inherente al principio más amplio del respeto del derecho interno. Los acuerdos internacionales vigentes corroboran la afirmación de que los actores que presten asistencia deben respetar el derecho interno. Por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN dispone en su artículo 13 2) que "los integrantes de las operaciones de asistencia deberán respetar y acatar todas las leyes y disposiciones nacionales". Otros acuerdos internacionales también

exigen que los actores que presten asistencia respeten el derecho interno³¹⁹ o que actúen de acuerdo con la legislación del Estado afectado³²⁰.

6) El deber de ayudar a los actores a respetar el derecho interno implica la obligación de exigir que los integrantes de la operación de socorro respeten la legislación y otras normas internas del Estado afectado³²¹, que el director de la operación de socorro adopte todas las medidas apropiadas para asegurar el respeto de la legislación y otras normas internas del Estado afectado³²² y que el personal que presta asistencia coopere con las autoridades nacionales³²³. La obligación de respetar el derecho interno y de cooperar con las autoridades nacionales del Estado afectado concuerda con el principio fundamental de la soberanía del Estado afectado y el principio de cooperación.

7) El derecho a condicionar la asistencia es el reconocimiento de un derecho del Estado afectado a rechazar la asistencia no deseada o innecesaria y a determinar qué asistencia es apropiada y en qué momento. En la tercera oración del proyecto de artículo se explica cómo deben ser las condiciones establecidas por los Estados afectados, a saber, que deben "tener en cuenta" no solo las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre, sino también la calidad de la asistencia. No obstante, la expresión "tener en cuenta" no significa que las condiciones relativas a las necesidades identificadas y a la calidad de la asistencia sean las únicas que los Estados pueden establecer para la prestación de asistencia externa.

8) La Comisión incluyó el término "identificadas" para señalar que las necesidades deben ser evidentes en el momento de establecer las condiciones y que las necesidades pueden cambiar a medida que evoluciona la situación sobre el terreno y se dispone de más información. Esto significa que las condiciones no deben ser arbitrarias, sino que deben tener por objeto proteger a los afectados por un desastre. La utilización de la palabra "identificadas" indica que debe haber algún proceso por el que se pongan de manifiesto las necesidades, que puede revestir la forma de una evaluación de las necesidades, preferentemente también en consulta con los actores que presten asistencia. Sin embargo, el procedimiento para identificar las necesidades no está predeterminado y se permite que el Estado afectado utilice el que más le convenga. Se trata de un requisito flexible que se puede satisfacer en función de las circunstancias del desastre y de las capacidades del Estado afectado. En ningún caso deben las necesidades identificadas impedir o demorar la prestación de asistencia pronta y efectiva. La disposición de la tercera oración tiene por objeto atender "las necesidades esenciales de las personas afectadas" en caso de desastre,

³¹⁹ Véanse, por ejemplo, la Convención Interamericana para facilitar la asistencia en casos de desastre, de 1991, arts. VIII y XI d), y la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, de 1986, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1457, N° 24643, pág. 133, art. 8 7).

³²⁰ *Ibid.*; Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre colaboración en materia de asistencia y respuesta de emergencia en casos de desastre natural o provocado por el hombre, de 1998, arts. 5 y 9.

³²¹ Véase, por ejemplo, el Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 17 de marzo de 1992, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2105, N° 36605, pág. 457, anexo X 1): "El personal que intervenga en la operación de asistencia actuará de conformidad con la legislación pertinente de la Parte requirente".

³²² Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN, art. 13 2): "El director de la operación de asistencia tomará todas las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales".

³²³ Véase, por ejemplo, Peter MacAlister-Smith, *Draft international guidelines for humanitarian assistance operations* (Heidelberg, Alemania: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991), párr. 22 b): "En todo momento durante las operaciones de asistencia humanitaria el personal que presta asistencia [...] cooperará con la autoridad competente designada por el Estado receptor".

expresado en el proyecto de artículo 2, y debe considerarse que refuerza la protección de los derechos y las necesidades de las personas afectadas por desastres. La referencia a las "necesidades" en ambos proyectos de artículo es lo suficientemente amplia como para abarcar las necesidades especiales de las mujeres, los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las personas y los grupos vulnerables o desfavorecidos.

9) La inclusión de la palabra "calidad" tiene por objeto garantizar que los Estados afectados tengan derecho a rechazar la asistencia que no sea necesaria o que pueda ser perjudicial. Las condiciones pueden incluir restricciones, entre otras cosas, por motivos de seguridad, nutrición e idoneidad cultural.

10) El proyecto de artículo 13 contiene una disposición sobre "el alcance y el tipo de la asistencia requerida", que está en consonancia con acuerdos internacionales anteriores que contienen una disposición similar³²⁴. Con el uso de las palabras "debe indicar", el proyecto de artículo hace recaer sobre el Estado afectado la responsabilidad de especificar el tipo y el alcance de la asistencia requerida al establecer condiciones para la asistencia. Al mismo tiempo, ello implica que, una vez determinados, el alcance y el tipo de esa asistencia se comunicarán a los terceros que puedan prestarla, lo que facilitaría las consultas. Con ello se aumentará la eficiencia del proceso de asistencia y se garantizará la prestación oportuna de una asistencia adecuada a quienes la necesitan.

11) La Comisión estudió varias posibilidades a fin de determinar el verbo adecuado para modificar el término "condiciones". La decisión de la Comisión de utilizar dos palabras distintas, "establecer" y "formular", es una opción estilística que no implica diferenciación en el sentido de ambos usos.

Artículo 14 **Facilitación de la asistencia externa**

1. El Estado afectado tomará las medidas necesarias, con arreglo a su derecho interno, para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia externa, en particular en relación con:

- a) el personal de socorro civil y militar, en ámbitos como los privilegios e inmunidades, las condiciones de los visados y de entrada, los permisos de trabajo y la libertad de circulación; y
- b) los bienes y el equipo, en ámbitos como la reglamentación aduanera y los aranceles, la imposición, el transporte, así como su disposición ulterior.

2. El Estado afectado se asegurará de que su legislación y su reglamentación pertinentes sean fácilmente accesibles, a fin de facilitar el respeto del derecho interno.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 se refiere a la facilitación de la asistencia externa. Tiene por objeto velar por que el derecho interno prevea la prestación de asistencia pronta y efectiva. A tal efecto, requiere además que el Estado afectado se asegure de que su legislación y su reglamentación pertinentes sean fácilmente accesibles para los actores que presten asistencia.

2) El proyecto de artículo establece que el Estado afectado "tomará las medidas necesarias" para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia. La frase "tomará las

³²⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 4 2) del Convenio de Tampere: "El Estado Parte que solicite asistencia de telecomunicaciones especificará el alcance y el tipo de asistencia requerida".

medidas necesarias, con arreglo a su derecho interno" puede incluir, entre otras cosas, medidas legislativas, ejecutivas y administrativas. Esas medidas también pueden abarcar las adoptadas en virtud de legislación de emergencia, así como los ajustes o exenciones temporales permisibles de la aplicabilidad de determinada legislación o reglamentación nacional, según proceda. Con esa formulación del proyecto de artículo, la Comisión alienta a los Estados a que permitan la no aplicabilidad temporal de su legislación nacional en casos de desastre, así como la inclusión de disposiciones apropiadas en su derecho interno a fin de no crear ninguna incertidumbre jurídica en el período crítico posterior a un desastre, cuando se hacen necesarias esas disposiciones de emergencia.

3) En el proyecto de artículo se dan algunos ejemplos de ámbitos de asistencia en que el derecho interno debe posibilitar la adopción de medidas apropiadas. La utilización de las palabras "en particular" antes de los ejemplos indica que no se trata de una lista exhaustiva, sino de una ilustración de los diversos ámbitos que puede ser necesario abordar en el derecho interno para facilitar una asistencia pronta y efectiva.

4) En el apartado a) se hace referencia al personal de socorro. La mención específica del personal de socorro tanto civil como militar indica el reconocimiento de la Comisión de que los militares desempeñan a menudo un papel clave en las operaciones de respuesta en casos de desastre. El personal de socorro militar es el que presta asistencia humanitaria. Los ámbitos mencionados en el apartado proporcionan orientación sobre la mejor forma de tratar al personal. La concesión de privilegios e inmunidades a los actores que presten asistencia es una importante medida prevista en muchos acuerdos internacionales para alentar la ayuda de personal de asistencia extranjero³²⁵. Es preciso prever la exención o la expedición de visados y permisos de entrada y de trabajo para asegurar la pronta prestación de asistencia³²⁶. Si no se establece un régimen especial, los trabajadores pueden verse retenidos en las fronteras o imposibilitados para trabajar de forma legal durante los días críticos posteriores a un desastre, o bien obligados a salir y volver a entrar continuamente para no exceder el período de estancia previsto en sus visados. La libertad de circulación supone la capacidad de los trabajadores de moverse libremente en una zona afectada por un desastre a fin de desempeñar debidamente sus funciones acordadas específicamente³²⁷. Los Estados afectados pueden restringir el acceso a determinadas zonas sensibles y dar al mismo tiempo libertad dentro de la zona de que se trate. La restricción innecesaria de la circulación del personal de socorro inhibe la capacidad de los trabajadores de prestar una asistencia flexible.

5) En el apartado b) se hace referencia a los bienes y el equipo, que comprenden todos los suministros, herramientas, máquinas, alimentos, medicamentos y demás objetos necesarios para las operaciones de socorro. La Comisión pretende que esta categoría

³²⁵ Véase, por ejemplo, el Convenio marco de asistencia en materia de protección civil, de 22 de mayo de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2172, N° 38131, pág. 213, art. 4 5): "El Estado beneficiario concederá, en el marco de las legislaciones nacionales, todos los privilegios, inmunidades y servicios que hagan falta para prestar la asistencia".

³²⁶ La Liga de Sociedades de la Cruz Roja lleva mucho tiempo señalando que los requisitos de entrada y los visados constituyen "un procedimiento muy largo que a menudo retrasa el envío de esos delegados y equipos", lo cual provoca una demora en la prestación de asistencia vital que el Estado afectado tiene el deber de proporcionar. Resolución aprobada por el Consejo de Gobernadores de la Liga de Sociedades de la Cruz Roja en su 33° período de sesiones, Ginebra, 28 de octubre a 1 de noviembre de 1975.

³²⁷ Véanse las Normas modelo para las operaciones de socorro en casos de desastre, de 1982, Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones, *Policy and Efficacy Studies N° 8* (N° de venta: E.82.XV.PE/8), anexo A, norma 16, en que se establece que el Estado afectado permitirá que "el personal de socorro designado acceda libremente a las zonas afectadas por el desastre y circule libremente por ellas, según resulte necesario para el desempeño de sus funciones acordadas específicamente".

incluya también a los perros de búsqueda, que suelen considerarse como bienes y equipo, en lugar de crear una categoría separada para los animales. Los bienes y el equipo son esenciales para la facilitación de asistencia efectiva y las leyes nacionales deben ser flexibles para atender las necesidades de las personas afectadas por desastres y garantizar la pronta prestación de la asistencia. Es preciso prever la exención o relajación de la reglamentación aduanera y los aranceles, así como de la imposición, a fin de reducir los costos y evitar que los bienes lleguen con retraso³²⁸. Los bienes y el equipo que sufren retrasos pueden perder rápidamente su utilidad y los procedimientos normales establecidos para proteger los intereses económicos de un Estado pueden convertirse en un obstáculo para unos equipos de ayuda que pueden salvar vidas o prestar el socorro necesario.

6) En el segundo párrafo del proyecto de artículo se exige que toda la legislación y la reglamentación pertinentes sean fácilmente accesibles para los actores que presten asistencia. Con las palabras "fácilmente accesibles" se exige que se facilite el acceso a esas leyes sin imponer al Estado afectado la carga de proporcionar físicamente esa información por separado a todos los actores que presten asistencia.

Artículo 15 **Cese de la asistencia externa**

El Estado afectado y el Estado que preste asistencia y, en su caso, los otros actores que presten asistencia, consultarán entre sí sobre el cese de la asistencia externa y sus modalidades. El Estado afectado, el Estado que preste asistencia, o los otros actores que presten asistencia que deseen el cese de la actividad lo notificarán de manera apropiada.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 se refiere a la cuestión del cese de la asistencia externa. La disposición consta de dos oraciones. En la primera oración se hace referencia a la obligación de que el Estado afectado, el Estado que preste asistencia, y, en su caso, los otros actores que presten asistencia, consulten entre sí sobre el cese de la asistencia externa, incluidas sus modalidades. En la segunda oración se establece la obligación de que las partes que deseen el cese de la asistencia lo notifiquen de manera apropiada.

2) Cuando un Estado afectado acepta un ofrecimiento de asistencia, mantiene el control sobre la duración de dicha asistencia. En el proyecto de artículo 9, párrafo 2, se reconoce de manera explícita que corresponderá al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. En el proyecto de artículo 11, por su parte, se exige el consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa, con la aclaración de que el consentimiento no se denegará arbitrariamente. De ambas disposiciones se desprende que el Estado afectado puede retirar su consentimiento y poner así fin a la asistencia externa y al régimen jurídico en cuyo marco se haya estado prestando.

3) El proyecto de artículo 15 trata de establecer un equilibrio entre el derecho del Estado afectado a poner fin a la asistencia externa y la posición de los actores que presten asistencia, a fin de proporcionar una protección adecuada a las personas afectadas por desastres. Por consiguiente, la disposición no reconoce únicamente al Estado afectado el derecho a poner fin a la asistencia de manera unilateral. Más bien, la Comisión admite que los propios Estados que presten asistencia y otros actores que presten asistencia pueden necesitar poner fin a sus actividades de asistencia. Así pues, el proyecto de artículo 15

³²⁸ Esto se pone de relieve en diversos tratados internacionales. Véase, por ejemplo, el Convenio de Tampere, art. 9 4); véase también el Acuerdo de la ASEAN, art. 14 b).

preserva el derecho de cualquiera de las partes a poner fin a la asistencia que se presta, en el entendimiento de que ello se hará en consulta con los demás Estados o actores, según corresponda.

4) Las palabras "actores que presten asistencia" se han tomado de instrumentos vigentes³²⁹ para describir a las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales que proporcionan socorro y asistencia en casos de desastre, en el entendimiento de que se definirán en un artículo sobre el uso de los términos. El proyecto de artículo 15 está redactado en términos bilaterales, pero no excluye la posibilidad de que sean varios los actores que presten asistencia externa.

5) La obligación de consultar refleja el espíritu de solidaridad y cooperación implícito en todo el proyecto de artículos y el principio de cooperación consagrado en los proyectos de artículos 5 y 5 *bis*. La Comisión prevé que puede ser necesario poner fin a la actividad por múltiples razones y en diferentes fases de la prestación de asistencia. Las operaciones de socorro pueden llegar a un estadio en que sea lógico para el Estado afectado o para una o más partes que prestan asistencia poner fin a las operaciones. Entre las circunstancias que pueden dar lugar al cese, cabe citar los casos en que los recursos de los actores que prestan asistencia se han agotado o en que se produce otro desastre que hace necesario desviar los recursos. El proyecto del artículo 15 es flexible y permite ajustar la duración de la asistencia en función de las circunstancias, si bien implica que las partes deben consultarse de buena fe. En todo caso, el proyecto de artículo 15 debe leerse a la luz del objeto del proyecto de artículos que se indica en el proyecto de artículo 2; por lo tanto, las decisiones relativas al cese de la asistencia deben tomarse teniendo en cuenta las necesidades de las personas afectadas por desastres, a saber, si esas necesidades se han atendido y en qué medida lo han sido.

6) La palabra "modalidades" se refiere a los procedimientos que se deben seguir para poner fin a la asistencia. Si bien no siempre es posible que el cese sea de mutuo acuerdo, la celebración de consultas sobre las modalidades permitiría a las partes pertinentes facilitar un cese amistoso y eficiente.

7) En la segunda oración se establece el requisito de que la parte que desee el cese de la asistencia externa lo notifique. Una notificación apropiada es necesaria para garantizar un cierto grado de estabilidad de la situación, de manera que ninguna parte se vea perjudicada por un cese brusco de la asistencia. La disposición se ha redactado de modo flexible para prever la notificación antes o después del proceso de consulta o durante este. No se han impuesto limitaciones de procedimiento al proceso de notificación. No obstante, la notificación debe hacerse de manera "apropiada" según las circunstancias, en particular la forma y el momento, preferentemente temprano, de la notificación.

Artículo 16

Deber de reducir el riesgo de desastres

1. Todo Estado reducirá el riesgo de desastres adoptando las medidas necesarias y apropiadas, incluso mediante legislación y otras normas, con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos.

2. Las medidas para reducir el riesgo de desastres incluyen la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana.

³²⁹ Artículo 12 de las Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial, aprobadas en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, Ginebra, 26 a 30 de noviembre de 2007, 30IC/07/R4, anexo y anotaciones.

Comentario

1) El proyecto de artículo 16 se ocupa del deber de reducir el riesgo de desastres. Esta integrado por dos párrafos. El párrafo 1 establece la obligación básica de reducir el riesgo de desastres adoptando ciertas medidas, y el párrafo 2 presenta una lista indicativa de esas medidas.

2) El proyecto de artículo 16 representa el reconocimiento de la necesidad de abordar en el Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, no solo la fase de respuesta ante un desastre, sino también los deberes de los Estados en la etapa anterior al desastre. El concepto de reducción del riesgo de desastres tiene sus orígenes en una serie de resoluciones de la Asamblea General y ha sido desarrollado en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, celebrada en Yokohama en 1994³³⁰, el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015³³¹ y cuatro sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, la última de las cuales tuvo lugar en mayo de 2013.

3) Como se dice en la Declaración de Hyogo de 2005: "deben fomentarse a todos los niveles, desde el individual al internacional, una cultura de prevención de los desastres y de resiliencia, así como estrategias conexas previas a los desastres, que consideramos inversiones sólidas [...] Los riesgos de desastre, los peligros y sus efectos constituyen una amenaza, pero la respuesta adecuada a estos puede y debe llevar a la adopción de medidas para reducir los riesgos y la vulnerabilidad en el futuro". En la cuarta sesión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, en 2013, se señalaba en el resumen final del Presidente el reconocimiento creciente de que la prevención y la reducción del riesgo de desastres es una obligación jurídica que abarca la evaluación de los riesgos, el establecimiento de sistemas de alerta temprana y el derecho de acceso a información sobre los riesgos.

4) La norma recogida en el proyecto de artículo 16 se inspira en las fuentes del derecho mencionadas en el párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La propia Comisión se basa en los principios fundamentales de soberanía del Estado y no intervención, y se inspira en los principios que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, que incluye la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, en particular el derecho a la vida. La protección no solo se refiere a violaciones de hecho de los derechos humanos, sino que conlleva también una obligación efectiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias y apropiadas con objeto de evitar que tengan lugar tales violaciones, independientemente de la procedencia de la amenaza. Así se confirma en decisiones de tribunales internacionales, en particular las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Öneryildiz c. Turquía*³³² y *Budayeva y otros c. Rusia*³³³, que afirmaron el deber de adoptar medidas preventivas. Además, el proyecto de artículo 16 se inspira en una serie de principios internacionales de derecho ambiental, como el principio de la "diligencia debida".

³³⁰ Véase la Estrategia de Yokohama para un mundo más seguro: Directrices para la prevención de los desastres naturales, la preparación para casos de desastre y la mitigación de sus efectos en que figuran los principios, la estrategia y el plan de acción, A/CONF.172/9, cap. I, resolución 1, anexo I.

³³¹ Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, A/CONF.206/6 y Corr.1, cap. I, resolución 2.

³³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Superior, *Öneryildiz v. Turkey*, causa Nº 48939, sentencia de 30 de noviembre de 2004.

³³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Primera Sección de la Sala, *Budayeva and Others v. Russia*, causas Nºs 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, sentencia de 20 de marzo de 2008.

5) Un fundamento jurídico importante del proyecto de artículo 16 es la práctica generalizada de los Estados que refleja su compromiso con la reducción del riesgo de desastres. Muchos Estados han celebrado acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales ante la preocupación de reducir el riesgo de desastres, como el Acuerdo de la ASEAN³³⁴; el Plan de Acción de Beijing para la reducción del riesgo de desastres en Asia (2005); la Declaración de Delhi sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia (2007); la Declaración de Kuala Lumpur sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia (2008); la Cuarta Conferencia Ministerial de Asia sobre la reducción del riesgo de desastres, de 2010, que culminó en la Declaración de Incheon sobre la reducción del riesgo de desastres en la región de Asia y el Pacífico, de 2010, la Hoja de ruta regional de Incheon y el Plan de acción para la reducción del riesgo de desastres a través de la adaptación al cambio climático en Asia y en el Pacífico, que reafirman el Marco de Acción y proponen iniciativas para la adaptación al cambio climático y la reducción del riesgo de desastres en Asia, teniendo en cuenta los aspectos vulnerables de la región³³⁵; la Estrategia regional de África para la reducción del riesgo de desastres, elaborada en 2004 por la Unión Africana, a la que siguió un programa de acción para su aplicación (inicialmente previsto para 2005-2010, pero que después se extendió hasta 2015)³³⁶; cuatro sesiones de la Plataforma regional africana para la reducción del riesgo de desastres, la más reciente celebrada en 2013³³⁷; la Estrategia árabe para la reducción del riesgo de desastres 2020, aprobada en la vigésima segunda reunión del Consejo de ministros árabes encargados del medio ambiente, celebrada en diciembre de 2010³³⁸, y, por último, el Comunicado de Nayarit sobre las líneas de acción para fortalecer la Reducción del Riesgo de Desastres en las Américas (2011)³³⁹.

6) El reconocimiento de ese compromiso se pone de manifiesto además por el hecho de que los Estados hayan incorporado medidas de reducción del riesgo de desastres en los marcos nacionales jurídicos y de políticas. Una compilación de los informes sobre los progresos de los países con respecto a la aplicación del Marco de Acción de Hyogo³⁴⁰ indica que 64 Estados o zonas comunicaron que habían establecido políticas específicas para la reducción del riesgo de desastres, repartidos de manera uniforme por todos los continentes y regiones, incluidos los lugares más propensos a sufrir desastres. Estos son: Alemania, Anguila, Argelia, Argentina, Armenia, Bangladesh, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Estados Unidos, ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Finlandia, Georgia, Ghana, Guatemala, Honduras, India, Indonesia, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Italia, Japón, Kenya, Líbano, Madagascar, Malasia, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauricio, México, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Democrática Popular Lao, República Dominicana, República Unida de Tanzania, Saint Kitts y Nevis, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Vanuatu y Venezuela (República Bolivariana de). Más recientemente, la

³³⁴ El Acuerdo es el primer tratado internacional sobre la reducción del riesgo de desastres que se ha elaborado tras la aprobación del Marco de Acción de Hyogo.

³³⁵ Para consultar el texto de la Declaración, véase http://www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf.

³³⁶ *Extended Programme of Action for the Implementation of the Africa Regional Strategy for Disaster Risk Reduction (2006-2015)*, Introducción.

³³⁷ UNISDR, "Africa seeks united position on disaster risk reduction", 13 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.unisdr.org/archive/31224>.

³³⁸ Para consultar el texto de la estrategia, véase http://www.unisdr.org/files/18903_17934_asdrfinalenglishjanuary20111.pdf.

³³⁹ Para consultar el texto del comunicado, véase <http://www.eird.org/plataforma-2011/pdf/Comunicado-Nayarit-es.pdf>.

³⁴⁰ Marco de Acción de Hyogo (2009-2011), prioridad de acción 1, indicador clave 1.1.

Estrategia Internacional de las Naciones Unidas para la Reducción de los Desastres (UNISDR) ha identificado a 76 Estados que han adoptado plataformas nacionales, definidas como un mecanismo de coordinación para integrar la reducción del riesgo de desastres en las políticas, la planificación y los programas, a fin de aplicar las estrategias de reducción del riesgo de desastres³⁴¹. Varios países han adoptado leyes que abordan específicamente la reducción del riesgo de desastres, ya sea como legislación específica o como parte de un marco jurídico más amplio relativo a la gestión del riesgo de desastres y la respuesta en esos casos, entre los que cabe citar: Argelia³⁴², Camerún³⁴³, China³⁴⁴, República Dominicana³⁴⁵, El Salvador³⁴⁶, Estonia³⁴⁷, Francia³⁴⁸, Guatemala³⁴⁹, Haití³⁵⁰, Hungría³⁵¹, India³⁵², Indonesia³⁵³, Italia³⁵⁴, Madagascar³⁵⁵, Namibia³⁵⁶, Nueva Zelandia³⁵⁷, Pakistán³⁵⁸, Perú³⁵⁹, Filipinas³⁶⁰, República de Corea³⁶¹, Eslovenia³⁶², Sudáfrica³⁶³, Tailandia³⁶⁴ y Estados Unidos³⁶⁵.

7) El proyecto de artículo 16 debe leerse en conjunción con las normas de aplicabilidad generales aprobadas hasta el momento, incluidas las que se refieren principalmente a la respuesta ante un desastre. Su colocación en última instancia, en la primera lectura del proyecto de artículos, se decidirá cuando concluya esa lectura.

³⁴¹ Para consultar la lista de Estados que han adoptado plataformas nacionales, véase <http://www.unisdr.org/partners/countries>.

³⁴² Argelia, Ley de prevención de riesgos y gestión de desastres, de 25 de diciembre de 2004.

³⁴³ Camerún, Decreto N° 037/PM, de 19 de marzo de 2003, relativo a la creación, la organización y el funcionamiento de un Observatorio Nacional de Riesgos.

³⁴⁴ China, Ley de prevención y atención de desastres (2002).

³⁴⁵ República Dominicana, Decreto N° 874-09 que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley N° 147-02, sobre Gestión de Riesgos, y deroga los capítulos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto N° 932-03 (2009).

³⁴⁶ El Salvador, Ley de protección civil, prevención y mitigación de desastres (2005).

³⁴⁷ Estonia, Ley de preparación para situaciones de emergencia (2000).

³⁴⁸ Francia, Ley N° 2003-699 de prevención de los riesgos tecnológicos y naturales, y reparación de los daños (2003).

³⁴⁹ Guatemala, Decreto N° 109-96, Ley de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres Naturales o Provocados (1996).

³⁵⁰ Haití, Plan nacional de gestión de riesgos y desastres (1988).

³⁵¹ Hungría, Ley N° LXXIV de gestión y organización para la prevención de desastres y de accidentes graves con sustancias peligrosas (1999).

³⁵² India, Ley N° 53 de gestión de desastres (2005).

³⁵³ Indonesia, Ley N° 24 de gestión de desastres, de 2007.

³⁵⁴ Italia, Decreto del Primer Ministro de establecimiento de una plataforma nacional para la reducción del riesgo de desastres (2008).

³⁵⁵ Madagascar, Decreto N° 2005-866 de aplicación de la Ley N° 2003-010, de 5 de septiembre de 2003, sobre la política nacional de gestión de riesgos y desastres (2005).

³⁵⁶ Namibia, Ley de gestión del riesgo de desastres (2012).

³⁵⁷ Nueva Zelandia, Orden del Plan nacional de gestión de emergencias de defensa civil (SR 2005/295), tercera parte.

³⁵⁸ Pakistán, Ley de gestión de desastres nacionales (2010). Véase también la declaración oficial del Gobierno del Pakistán en el tercer período de sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, de 2011, disponible en <http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf>.

³⁵⁹ Perú, Ley N° 29664, que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (2011).

³⁶⁰ Filipinas, Ley de Filipinas de gestión del riesgo de desastres (2006).

³⁶¹ República de Corea, Ley nacional de medidas contra desastres (1995) y Ley nacional de gestión de desastres (2010).

³⁶² Eslovenia, Ley de protección contra los desastres naturales y de otra índole (2006).

³⁶³ Sudáfrica, Ley N° 57 de gestión de desastres, de 2002.

³⁶⁴ Tailandia, Ley de prevención y mitigación de desastres (2007).

³⁶⁵ Estados Unidos, Ley de mitigación de desastres (2000).

Párrafo 1

8) El párrafo 1 empieza con las palabras "todo Estado". La Comisión optó por esta fórmula en lugar de la de "los Estados", para unificarla con los proyectos de artículo ya aprobados, en los que se había tenido cuidado de identificar el Estado o los Estados que tenían el deber jurídico de actuar. En contraposición a los proyectos de artículo que se refieren directamente a la respuesta a los desastres, en los que hay una distinción entre el Estado o los Estados afectados y otros Estados, en la fase anterior al desastre la obligación en cuestión incumbe a cada Estado. Además, del párrafo 2 se desprende claramente que la obligación de reducir el riesgo conlleva medidas adoptadas principalmente en el ámbito nacional. Cualquiera de esas medidas que requiera una interacción entre los Estados o con otros actores internacionales se recoge en el artículo 5 *ter*. En otras palabras, la obligación corresponde a cada Estado de manera individual. Por tanto, la Comisión decidió no utilizar la expresión "los Estados" también para evitar que quedara implícita de alguna forma una obligación colectiva.

9) El empleo del verbo en futuro indica la existencia de una obligación jurídica internacional de actuar en la manera descrita en el párrafo y es la forma más sucinta de transmitir el sentido de dicha obligación jurídica. Ello se confirma en el título del proyecto de artículo, que se refiere al "deber" de reducir el riesgo de desastres. Si bien cada Estado tiene la misma obligación, la cuestión de los diferentes niveles de capacidad entre los Estados para dar cumplimiento a esa obligación se resuelve con la oración "adoptando las medidas necesarias y apropiadas".

10) La obligación consiste en "reducir el riesgo de desastres"³⁶⁶. La Comisión aprobó la fórmula actual reconociendo el hecho de que el planteamiento actual de la comunidad internacional, reflejado en varios pronunciamientos importantes, el más reciente de los cuales es la Declaración de Hyogo emitida en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres de 2005, era que debía centrarse la atención en la reducción del riesgo de daños ocasionados por un peligro, que es diferente de la prevención de los desastres en sí mismos. Así pues, en el párrafo 1 se hace hincapié en la reducción del riesgo de desastres. Esto se logra adoptando determinadas medidas con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos.

11) La oración "adoptando las medidas necesarias y apropiadas" indica la conducta específica que se requiere. Además de la ulterior concreción sobre la legislación y otras normas que se explica en el párrafo 13) *infra*, las "medidas" que hay que adoptar se califican con los adjetivos "necesarias" y "apropiadas", que se ajustan a la práctica común. La determinación de las que podrían ser "necesarias y apropiadas" en un caso concreto debe entenderse en términos del objetivo declarado de las medidas a adoptar, esto es, "prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos" a fin de reducir el riesgo. Esto deberá evaluarse en el contexto más amplio de la capacidad y la disponibilidad de recursos que tenga el Estado en cuestión, como ya se ha señalado en el párrafo 8) *supra*. El requisito fundamental de la debida diligencia es inherente a la idea de "necesarias y apropiadas". Se entiende además que la cuestión de la efectividad de las medidas está implícita en esa fórmula.

12) El párrafo indica, con la oración "incluso mediante legislación y otras normas", el contexto específico en el que se adoptarán las medidas correspondientes. El resultado previsto consiste en una serie de medidas concretas adoptadas típicamente en el contexto de un marco de legislación o de otras normas. Así pues, en el caso de los Estados que aún no dispongan de dicho marco, la obligación general de reducir el riesgo de desastres incluiría

³⁶⁶ La Comisión observa la existencia de una diferencia lingüística en la traducción oficial de las Naciones Unidas al francés del término "reducción del riesgo de desastres" (DRR, según las siglas en inglés).

también la obligación de establecer dicho marco jurídico a fin de poder adoptar las medidas "necesarias y apropiadas". La expresión "legislación y otras normas" debe entenderse en términos generales para abarcar el mayor número posible de manifestaciones de disposiciones legislativas, al reconocerse de manera general que esas medidas jurídicas son la forma más común y efectiva para facilitar (de ahí el uso de la palabra "mediante") la adopción de medidas de reducción del riesgo de desastres a nivel nacional.

13) El empleo de "incluso" indica que, si bien la "legislación y otras normas" sean tal vez los métodos principales, puede haber otras disposiciones con arreglo a las cuales podrían adoptarse esas medidas. Se eligió el término "incluso" para evitar la interpretación de que siempre se requeriría la aprobación y aplicación de legislación y otras normas específicas. Con ello se da un margen de discrecionalidad a cada Estado para que decida el marco jurídico aplicable, en el entendimiento de que la existencia de un marco jurídico que prevea la adopción de las "medidas necesarias y apropiadas" es un requisito *sine qua non* para la reducción del riesgo de desastres. El empleo del artículo definido "las" delante de "medidas necesarias" desempeña por tanto la función de especificar que no es a cualquier medida general a la que se está haciendo referencia, sino a medidas específicas y concretas orientadas a prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos.

14) La expresión "mediante legislación y otras normas" recoge una referencia a la necesidad de velar por que los mecanismos de aplicación y responsabilidad por incumplimiento se definan en los ordenamientos jurídicos internos. Dado que esas cuestiones, pese a su importancia, no son las únicas que pueden ser objeto de legislación y otras normas en el ámbito de la reducción del riesgo de desastres, especificarlas en el texto del párrafo 1 podría haber dado lugar a una falta de claridad.

15) La última oración, a saber, "con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos", sirve para describir el propósito de las medidas "necesarias y apropiadas" que los Estados vayan a adoptar durante la fase previa al desastre, con el objetivo, en última instancia, de reducir su exposición al riesgo de desastres. La oración refleja la fórmula de aceptación generalizada que se utiliza en los principales instrumentos sobre la reducción del riesgo de desastres. La Comisión era consciente de que la adopción de una formulación diferente podría dar lugar a interpretaciones contrarias no buscadas respecto de los tipos de actividad esperados en el proyecto de artículo.

16) Para ilustrar el significado de cada uno de los tres términos utilizados: prevención, mitigación y reparación, la Comisión considera apropiado el recurso a la terminología sobre la reducción del riesgo de desastres preparada por la UNISDR en 2009³⁶⁷, con arreglo a la cual:

i) "*Prevención* es 'la evasión absoluta de los impactos adversos de las amenazas y de los desastres conexos' [...].

La prevención (es decir, la prevención de desastres) expresa el concepto y la intención de evitar por completo los posibles impactos adversos mediante diversas acciones que se toman con anticipación [...]. Con mucha frecuencia, no es posible evitar por completo las pérdidas y las tareas se transforman en aquellas relativas a la mitigación. Por esta razón, al menos en parte, algunas veces los términos de prevención y de mitigación se utilizan de forma indistinta en su acepción informal."

ii) "*Mitigación* es 'la disminución o la limitación de los impactos adversos de las amenazas y los desastres afines' [...].

A menudo, no se pueden prevenir en su totalidad todos los impactos adversos de las amenazas, pero se pueden disminuir considerablemente su escala y severidad

³⁶⁷ Véase <http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>.

mediante diversas estrategias y acciones [...]. Se debe tener presente que en las políticas relativas al cambio climático se define la 'mitigación' de forma diferente, puesto que se utiliza el término para abordar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que son la fuente del cambio climático."³⁶⁸

iii) "*Preparación* es 'el conocimiento y las capacidades que desarrollan los gobiernos, los profesionales, las organizaciones de respuesta y recuperación, las comunidades y las personas para prever, responder y recuperarse de forma efectiva de los impactos de los eventos o las condiciones probables, inminentes o actuales que se relacionan con una amenaza' [...].

La preparación es una acción que se lleva a cabo en el contexto de la gestión del riesgo de desastres. Su objetivo principal es desarrollar las capacidades necesarias para gestionar de forma eficaz todos los tipos de emergencias y lograr transiciones metódicas y ordenadas desde la respuesta hasta una recuperación sostenida. La preparación se basa en el análisis sensato del riesgo de desastres y en el establecimiento de vínculos apropiados con los sistemas de alerta temprana [...] [Las medidas que se adopten] deben recibir el apoyo de las capacidades institucionales, jurídicas y presupuestarias formales."

Párrafo 2

17) El párrafo 2 enumera tres categorías de medidas de reducción del riesgo de desastres, que son: la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas y la instalación y operación de alerta temprana. Como se señala en el párrafo 3), estas tres medidas se destacaban en el resumen del Presidente en la conclusión de la cuarta sesión de la Plataforma Global para la Reducción del Riesgo de Desastres celebrada en mayo de 2013. La Comisión decidió referirse expresamente a los tres ejemplos enumerados, que reflejan los tipos más destacados que existen en la actualidad en la labor de reducción del riesgo de desastres. La palabra "incluyen" indica que la lista no es exhaustiva. La enumeración de las tres medidas no quiere decir que no existan otras actividades orientadas a la reducción del riesgo de desastres que se estén llevando a cabo en la actualidad, o que puedan llevarse a cabo en el futuro.

18) Las medidas prácticas que pueden adoptarse son innumerables y dependen de las circunstancias sociales, ambientales, financieras, culturales y de otro tipo que sean relevantes. La práctica en los sectores público y privado ofrece gran variedad de ejemplos. Entre ellos cabe citar: las actividades de preparación y educación a nivel comunitario; el establecimiento de marcos institucionales; la planificación para contingencias; la creación de mecanismos de vigilancia; los controles de la utilización de la tierra; las normas sobre construcción; la gestión de los ecosistemas; los sistemas de drenaje; la financiación; y los seguros.

19) Las tres medidas consecutivas seleccionadas en el párrafo 2 tienen en común una característica particular: son medios para desarrollar y aplicar muchas de las demás medidas, si no todas ellas, por ejemplo en el proceso de adopción de decisiones, en lo que se refiere a la definición de prioridades o la planificación de inversiones, tanto en el sector público como en el privado.

20) La primera medida, *las evaluaciones de riesgo*, se refiere a obtener información sobre peligros y vulnerabilidades. Como tal, es el primer paso hacia la adopción de cualquier medida sensata para reducir el riesgo de desastres. Sin una comprensión

³⁶⁸ La Comisión es consciente de la discrepancia que existe en la concordancia entre las versiones en inglés y en francés respecto del uso oficial en las Naciones Unidas del término "mitigación".

suficientemente fundada de las circunstancias que rodean a los desastres y sus características, no puede adoptarse ninguna medida efectiva. Las evaluaciones de riesgo llevan también a que se examinen más de cerca las realidades locales y la participación de las comunidades locales.

21) La segunda medida, *la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas*, es el siguiente paso. La reducción del riesgo de desastres requiere la participación de todos los actores de los sectores público y privado y de la sociedad civil. La recopilación y difusión debe llevar a que pueda accederse libremente a información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas, lo que a su vez permite la adopción de medidas efectivas. Con ello, todos los interesados pueden asumir la responsabilidad por los actos que realicen y determinar mejor las prioridades a efectos de planificación; también promueve la transparencia de las operaciones y el escrutinio y control públicos. La Comisión desea insistir en la conveniencia de que se difunda información sobre riesgos y sobre pérdidas sufridas a la que pueda accederse libremente, que refleja la tendencia prevaleciente centrándose en la importancia del acceso público a dicha información. La Comisión, si bien reconoce la importancia de esa tendencia, entendió que era mejor abordarla en el comentario y no en el cuerpo del párrafo 2, ya que convertirla en un requisito legal uniforme podría ser gravoso para algunos Estados.

22) La tercera medida se refiere a *los sistemas de alerta temprana*, que son fundamentales tanto para iniciar como para llevar a cabo planes para contingencias, limitando de ese modo la exposición a los peligros; por ello son un requisito previo para la preparación y la respuesta efectivas.

23) Como se ha señalado en el párrafo 11), el párrafo 2 se refiere a la adopción de las medidas previstas en el Estado. Cualquier componente interestatal estaría recogido en el deber de cooperar del artículo 5, leído conjuntamente con el artículo 5 *ter*. Por ello, la magnitud de todo deber jurídico internacional en relación con cualquiera de las medidas enumeradas y no enumeradas que puedan adoptarse para reducir el riesgo de desastres se determinará en los correspondientes acuerdos o arreglos específicos que cada Estado haya celebrado con otros actores con los que tenga el deber de cooperar.

Capítulo VII

Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario

A. Introducción

63. La Comisión, en su 64º período de sesiones (2012), decidió incluir el tema "Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood³⁶⁹. En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial (A/CN.4/653)³⁷⁰. También en el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema³⁷¹.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

64. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/663) y un memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/659). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3181ª a 3186ª, celebradas del 17 al 25 de julio de 2013.

65. En su 3168ª sesión, el 25 de julio de 2013, la Comisión decidió cambiar el título del tema al de "Identificación del derecho internacional consuetudinario".

1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe

66. El primer informe, que era de carácter preliminar, tenía por objeto servir de base a los trabajos y debates futuros sobre el tema y enunciaba en términos generales el planteamiento que se propone adoptar el Relator Especial. El informe presentaba, entre otras cosas, una breve visión de conjunto de la labor anterior de la Comisión relacionada con el tema y ponía de relieve algunas opiniones expresadas por los representantes en el ámbito de la Sexta Comisión en el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General. También examinaba el alcance y los posibles resultados del tema, así como algunas cuestiones relativas al derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho. Continuaba con la descripción de los diversos materiales que había que consultar y con una propuesta de programa para la labor futura de la Comisión sobre el tema.

67. Al presentar su informe, el Relator Especial señaló la importancia, al examinar el tema, de tener en cuenta la práctica de los Estados de todos los sistemas jurídicos y regiones del mundo, así como la utilidad de los cambios de impresiones entre la Comisión y otros órganos y el mundo académico más en general. El Relator Especial consideraba

³⁶⁹ En su 3132ª sesión, el 22 de mayo de 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párr. 157). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir el tema en su programa de trabajo. Este tema había sido incluido en el programa de trabajo de la Comisión en su 63º período de sesiones (2011), con arreglo a la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*, págs. 327 a 336).

³⁷⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párrs. 157 a 202.

³⁷¹ *Ibid.*, párr. 159.

también que el memorando preparado por la Secretaría, que describía los elementos de la labor anterior de la Comisión que podrían ser especialmente pertinentes para el tema, sería una ayuda considerable para avanzar en los trabajos. En particular, las observaciones y notas explicativas del memorando constituirían importantes puntos de referencia para la labor futura de la Comisión.

68. El Relator Especial era plenamente consciente de las complejidades que entrañaba el presente tema y de la necesidad de abordarlo con cautela a fin de, en particular, preservar la flexibilidad del proceso consuetudinario. Recordó que la intención no era examinar el fondo del derecho internacional consuetudinario ni resolver controversias puramente teóricas acerca del fundamento del derecho consuetudinario. En lugar de ello, el Relator Especial proponía que la Comisión se centrara en la elaboración de unas conclusiones, con los comentarios correspondientes, sobre la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Se preveía que estas serían de asistencia práctica para jueces y abogados, especialmente los que no estuvieran muy versados en derecho internacional.

69. En vista de la propuesta de concentrarse en el método de identificar las normas consuetudinarias, y dado que la referencia en el título del tema a la "formación" había suscitado alguna confusión con respecto a su alcance, el Relator Especial sugirió que se modificara el título para que dijera "La identificación del derecho internacional consuetudinario". Aun cuando se cambiase el título, la labor que se proponía que llevara a cabo la Comisión incluiría, no obstante, el examen de los requisitos de la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario, así como de la documentación material de tales normas, tareas ambas necesarias para determinar si existía una norma de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial volvió a reiterar su preferencia por que no se tratase el *jus cogens* como parte del alcance del presente tema.

70. En lo concerniente al derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho internacional, el Relator Especial se refirió primero al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en cuanto declaración autorizada de las fuentes del derecho internacional. El Relator Especial abordó después la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional. Si bien observó que su relación con los tratados era un aspecto de gran importancia práctica, señaló también que era una cuestión relativamente conocida. Menos evidente, a su juicio, era la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, que requería un examen detenido por parte de la Comisión. Al destacar la importancia de la coherencia terminológica, propuso también incluir una conclusión sobre los términos empleados.

71. El informe recogía asimismo una lista ilustrativa de materiales pertinentes para el estudio del tema. Aunque no se pretendía que fuera exhaustiva, se consideraba que los materiales especificados reflejaban el planteamiento general de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Tras un examen inicial de ciertos materiales de la práctica de los Estados, así como de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales judiciales y no judiciales, el Relator Especial señalaba con carácter preliminar que, aunque existían algunas contradicciones, prácticamente todos los materiales examinados hacían hincapié en que tanto la práctica estatal como la *opinio juris* eran necesarias para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial señalaba además el interés que revestían la labor sobre el tema de otros organismos, como la Asociación de Derecho Internacional, el Instituto de Derecho Internacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja, y los debates y escritos a que había dado lugar.

72. Si bien el Relator Especial observó que la inclusión de dos proyectos de conclusión en el informe confirmaba su intención en lo referente a la forma del resultado de los trabajos de la Comisión, consideró prematuro remitirlos al Comité de Redacción. Su

intención, más bien, era celebrar consultas oficiosas para llegar a un acuerdo sobre el título del tema y sobre si había que examinar o no el *jus cogens*.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

73. Había acuerdo general en que la labor de la Comisión podía convenientemente arrojar alguna luz sobre el proceso de identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Se manifestó un amplio apoyo a la propuesta de elaborar una serie de conclusiones, con sus comentarios, resultado práctico que serviría de guía para abogados y jueces que no fueran expertos en derecho internacional público. Se subrayó que el derecho internacional consuetudinario seguía siendo sumamente pertinente a pesar de la proliferación de los tratados y la codificación en diversas esferas del derecho internacional. Al mismo tiempo, la opinión general de la Comisión era que la labor sobre este tema no debía ser excesivamente prescriptiva, ya que la flexibilidad del proceso consuetudinario seguía siendo fundamental. A este respecto, se subrayó también que el proceso de formación del derecho internacional consuetudinario era un proceso continuo, que no se detenía cuando surgía una norma.

74. Algunos miembros hicieron observaciones sobre la necesidad de determinar el valor añadido que la Comisión podía ofrecer en relación con este tema, y de distinguir los trabajos al respecto de la labor anterior de la Comisión y otras entidades. En relación con este punto, se sugirió que era importante distinguir la labor de la Comisión de la labor similar realizada por la Asociación de Derecho Internacional, y aclarar las lagunas en el tratamiento del tema de que se ocuparía la Comisión.

75. Varios miembros mencionaron la complejidad y dificultad intrínsecas del tema. Se dijo que las ambigüedades en materia de determinación del derecho internacional consuetudinario habían dado lugar a incertidumbre e inestabilidad jurídica, así como a argumentos oportunistas o de mala fe respecto de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Por consiguiente, la tarea propuesta de aclarar el proceso por el que se determinaba una norma de derecho internacional consuetudinario fue acogida con general satisfacción.

b) Alcance del tema

76. Una cuestión preliminar que suscitaba problemas en relación con el alcance era el título del tema. Varios miembros estuvieron de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de cambiar el título de "Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario" por el de "Identificación del derecho internacional consuetudinario", aunque algunos otros también se mostraron partidarios de que se conservase el título actual. Otros miembros sugirieron títulos alternativos, como "La documentación del derecho internacional consuetudinario" y "La determinación del derecho internacional consuetudinario". También se dijo que no sería apropiado que la Comisión abordase los aspectos teóricos relacionados con la "formación" y que, por tanto, ese término debía ser eliminado del título. En última instancia, la opinión general fue que, aun cuando se modificase el título, seguía siendo importante incluir tanto la formación como la documentación del derecho internacional consuetudinario en el ámbito del tema.

77. Hubo acuerdo general en que la Comisión debía centrar su labor principalmente en aclarar el planteamiento común para identificar la formación y la documentación del derecho internacional consuetudinario. El peso relativo que había que atribuir al examen de la "formación" y la "documentación" fue, no obstante, objeto de debate. Algunos miembros mostraron su escepticismo de que las cuestiones en buena parte académicas o teóricas relativas a la documentación del derecho internacional consuetudinario fueran necesarias o

pertinentes para la labor de la Comisión sobre el tema. Se dijo que la formación y la documentación eran conceptos diametralmente opuestos, ya que la primera se refería a los procesos dinámicos que se producían con el paso del tiempo, mientras que la segunda se refería al estado del derecho en un momento determinado. Algunos otros miembros opinaron que era imposible distinguir el proceso de formación de la documentación necesaria para identificar la existencia de una norma.

78. Varios miembros estuvieron de acuerdo con la propuesta de que no se realizase un estudio detallado del *jus cogens* dentro del ámbito del tema. Algunos miembros observaron que el *jus cogens* presentaba sus propias peculiaridades en cuanto a la formación y la documentación. La identificación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario era una cuestión materialmente diferente de si tal norma poseía también la característica adicional de ser una norma que no admitía acuerdo en contrario y que no podía dejarse sin efecto por medio de un tratado. Se observó también que había habido una propuesta para un posible nuevo tema sobre el *jus cogens*. Otros miembros sugirieron que se tratara el *jus cogens* como parte de este tema, ya que la interrelación entre los dos conceptos era considerable y debía ser estudiada. Algunos miembros indicaron que sería útil que la Comisión abordara la cuestión de la jerarquía de las fuentes del derecho internacional, en particular el derecho de los tratados y el *jus cogens*.

79. Varios miembros estuvieron de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de estudiar la relación que existía entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional y los principios generales de derecho. Se sugirió que la Comisión debía esforzarse por esclarecer las relaciones complejas y poco claras entre esos conceptos. A este respecto, algunos miembros señalaron que no siempre era posible distinguir entre los principios generales del derecho internacional y el derecho internacional consuetudinario. Se hizo una observación análoga acerca de los principios generales de derecho y el derecho internacional consuetudinario. Por otro lado, algunos miembros opinaron que había que excluir numerosas cuestiones relativas a los principios generales y los principios generales del derecho internacional que no guardaban relación con el derecho internacional consuetudinario, ya que cualquier estudio de tales materias ampliaría excesivamente este tema.

80. Hubo apoyo general a que se examinara la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados. Se señaló a este respecto que se reconocía generalmente que los tratados podían codificar, cristalizar o generar normas de derecho internacional consuetudinario. Se observó asimismo que una norma de derecho internacional consuetudinario podía aplicarse paralelamente a una disposición convencional idéntica. También se respaldó que se estudiaran los efectos en el derecho internacional consuetudinario de los tratados multilaterales con muy pocos Estados partes. Se sugirió que el examen de las relaciones con el derecho de los tratados se reservara para una etapa posterior de la labor sobre este tema, ya que era necesario primero un análisis minucioso de los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario.

81. Se recomendó asimismo que se examinara la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes del derecho internacional, como las declaraciones unilaterales. Algunos miembros sugirieron que se hiciera un análisis de la interacción entre los instrumentos o normas no vinculantes y la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario.

82. Varios miembros se mostraron partidarios de que se estudiara el derecho internacional consuetudinario regional, haciendo especial hincapié en la relación entre el derecho internacional consuetudinario general y regional. Como parte del estudio de esta relación se sugirió que la Comisión examinara la práctica regional, incluidos las resoluciones judiciales, los acuerdos y las disposiciones pertinentes. Se señaló a este

respecto que podía ser difícil distinguir entre la práctica de las organizaciones regionales y las de los distintos Estados.

c) **Metodología**

83. Contó con amplio apoyo la propuesta del Relator Especial de examinar a la vez los elementos formativos del derecho internacional consuetudinario, es decir, los elementos que daban lugar a la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, y los criterios exigidos para probar la existencia de tales elementos. A este respecto, también recibió apoyo general la propuesta de centrar la labor en el proceso práctico de identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario en vez de en el contenido de tales normas. No obstante, se sugirió que sería imposible diferenciar completamente el fondo de las normas primarias del análisis de las normas secundarias aplicables. Según otra opinión, para hacer hincapié en el enfoque de la identificación de las normas era preciso apoyarse en ejemplos ilustrativos de normas primarias.

84. La propuesta del Relator Especial de examinar detenidamente la práctica estatal y la *opinio juris sive necessitates*, los dos elementos constitutivos ampliamente aceptados del derecho internacional consuetudinario, contó asimismo con gran apoyo. Varios miembros señalaron que la determinación de las normas de derecho consuetudinario debía basarse en una evaluación de la práctica de los Estados y que debía prestarse la debida atención a la generalidad, continuidad y representatividad de esa práctica. Se convino en que no todos los actos internacionales tenían trascendencia jurídica a este respecto, especialmente los actos de *comitas gentium* o cortesía internacional. Análogamente, algunos miembros sugirieron que, en ciertos casos, la posición adoptada por un Estado podía no reflejar la *opinio juris*, en particular cuando el Estado así lo indicaba. Varios miembros observaron que la determinación de la existencia de la práctica estatal o la *opinio juris* necesarias era un proceso difícil. Se señaló también que la *opinio juris* podía manifestarse tanto en actos como en omisiones.

85. Se puso de relieve la necesidad de estudiar cuidadosamente los aspectos temporales del planteamiento de los "dos elementos", en particular si la *opinio juris* podía preceder a la práctica estatal y si una norma de derecho internacional consuetudinario podía surgir en un breve período de tiempo. Se mencionó asimismo la utilidad de determinar el peso relativo atribuido a la práctica estatal y la *opinio juris*. A este respecto se sugirió que la labor de la Comisión sobre el tema podía ser decisiva para salvar la distancia entre los planteamientos "tradicional" y "moderno" del derecho internacional consuetudinario. Con arreglo a la opinión de otros miembros, aunque era importante analizar los diversos planteamientos del derecho internacional consuetudinario, la calificación de tales planteamientos como "tradicional" y "moderno" era innecesaria o engañosa.

86. Varios miembros convinieron en que la Comisión debía aspirar a elaborar un planteamiento común y unificado de la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, puesto que tales normas surgían en un sistema jurídico internacional único e interrelacionado. Según la opinión de algunos otros miembros, no debía adoptarse un planteamiento unitario o sistémico, ya que el planteamiento de la identificación de las normas podría variar según la esfera sustantiva del derecho internacional. Se dijo que el peso relativo que había que atribuir a la prueba de la práctica estatal o la *opinio juris* podía variar según el campo normativo. A este respecto, se sugirió que se atribuyera a ciertos materiales distinto peso en diferentes ámbitos del derecho internacional. En particular, se sugirió que, en determinadas esferas, las normas no vinculantes (*soft law*) podían desempeñar un papel más importante en la formación del derecho internacional consuetudinario.

87. Un miembro dijo que el planteamiento propuesto por el Relator Especial no tenía suficientemente en cuenta la distinción entre fuentes formales y materiales del derecho

internacional consuetudinario. Se sugirió también que la propuesta del Relator Especial de incorporar la definición de costumbre internacional enunciada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia quizás fuera desacertada. Algunos miembros indicaron que toda definición del derecho internacional consuetudinario debía tener en cuenta el Artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, especialmente dado que los elementos constitutivos en él especificados eran muy citados y aceptados generalmente, si bien cualquier definición elaborada por la Comisión debía centrarse fundamentalmente en los elementos principales que conferían al derecho internacional consuetudinario su carácter vinculante.

88. Algunos miembros insistieron también en la importancia de abordar el proceso mediante el que una norma de derecho internacional consuetudinario se convertía en obsoleta.

89. Varios miembros recomendaron que la Comisión examinara el papel de otros actores en la formación del derecho internacional consuetudinario. En particular, se propuso que se examinara el posible valor jurídico de las determinaciones de sujetos *sui generis* del derecho internacional, como el Comité Internacional de la Cruz Roja. Se dijo también que tales actores y grupos de interés tenían un papel importante en el desarrollo, y el ritmo de desarrollo, del derecho internacional consuetudinario en ciertos campos. Según otra opinión, a las determinaciones de ciertas organizaciones no gubernamentales debía dársele menos peso que a la práctica o los pronunciamientos de los Estados.

d) Material de consulta

90. Hubo apoyo general a los diversos materiales que el Relator Especial propuso que se consultaran. Se sugirió, no obstante, que se hiciera una distinción entre el peso relativo atribuido a materiales diferentes.

91. El examen minucioso de la práctica de los Estados contó con amplio apoyo. Se dijo que había que examinar materiales sobre la práctica estatal de todas las regiones del mundo, aunque se señaló también que, lamentablemente, no todos los Estados publicaban un estudio de la práctica estatal en este campo. Se sugirió que la práctica estatal en algunas esferas podía ser limitada, ya que no todos los Estados habían participado en la formación de ciertas normas de derecho internacional consuetudinario. Varios miembros sugirieron que la Comisión investigara las resoluciones de los tribunales nacionales, las manifestaciones y declaraciones de los funcionarios nacionales y el comportamiento del Estado. Se mencionó que la Comisión debía estudiar minuciosamente el comportamiento efectivo de los Estados, especialmente cuando entraba en conflicto con declaraciones nacionales. También se aludió a los argumentos esgrimidos por los Estados ante tribunales internacionales judiciales y no judiciales, ya que podían ser útiles para indicar posiciones respecto de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Además, se sugirió que la Comisión examinara, cuando estuvieran disponibles, los análisis de los asesores jurídicos de los gobiernos, así como la relevancia de los intercambios de opiniones confidenciales entre Estados.

92. Con respecto a la jurisprudencia de los tribunales nacionales, varios miembros convinieron en que tales casos debían abordarse con prudencia y examinarse minuciosamente desde el punto de vista de la coherencia. Se indicó que la manera en que los tribunales nacionales aplicaban el derecho internacional consuetudinario era una cuestión de derecho interno, y que los jueces nacionales podían no ser buenos conocedores del derecho internacional público.

93. Recibió apoyo general la propuesta de examinar la jurisprudencia de los tribunales internacionales, regionales y subregionales. Varios miembros mostraron especial apoyo al análisis de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Algunos miembros

opinaron que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia podía considerarse la principal fuente de material sobre la formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario, puesto que era el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, cuya autoridad en tales cuestiones era ampliamente reconocida. Se dijo que las opiniones consultivas, aun sin ser vinculantes, también merecían ser tenidas en cuenta. Varios miembros subrayaron también la importancia de analizar la jurisprudencia de otros tribunales internacionales judiciales y no judiciales, especialmente dado que algunos de esos tribunales parecían adoptar planteamientos diferentes respecto de la evaluación del derecho internacional consuetudinario.

94. Se dijo que la Comisión debía procurar no insistir demasiado en la jurisprudencia, ya que a los tribunales judiciales y no judiciales correspondía la solución de controversias concretas y no el establecimiento de criterios o procedimientos jurídicos internacionales uniformes. Algunos miembros indicaron también que la aparente diferencia de enfoque entre tribunales judiciales y no judiciales podía tratarse, en realidad, de una mera variación en la redacción.

95. La opinión general era que el papel de la práctica de las organizaciones internacionales y regionales merecía ser examinada. Se destacó el valor de las resoluciones, declaraciones, recomendaciones y decisiones de tales organizaciones como posible documentación tanto de la práctica estatal como de la *opinio juris*. Se sugirió, no obstante, que se atribuyera mayor peso a la práctica de los órganos intergubernamentales de las organizaciones internacionales.

96. En opinión de algunos miembros, la Comisión no debía tener un concepto demasiado restrictivo del "derecho" en relación con su labor sobre este tema. En particular, se señaló que las normas no vinculantes (*soft law*) habían desempeñado un papel esencial en el surgimiento de normas de derecho internacional consuetudinario.

97. Se observó también que los escritos de los publicistas servirían para arrojar luz sobre el tema. Se puso de relieve el apoyo generalizado de los tratadistas al planteamiento de los "dos elementos" del derecho internacional consuetudinario, así como la existencia de críticos que defendían otros planteamientos.

e) Labor futura sobre el tema

98. La opinión general fue que la labor de la Comisión tenía que producir un resultado práctico que fuera útil a profesionales y jueces. Se recordó, no obstante, que los resultados de los trabajos de la Comisión no deberían afectar a la flexibilidad del proceso consuetudinario ni a la evolución futura de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario.

99. El plan de trabajo para el quinquenio propuesto por el Relator Especial también contó con el apoyo general. No obstante, varios miembros opinaron que el plan de trabajo era demasiado ambicioso y que quizás no fuera viable dada las dificultades que conllevaba el tema, si bien se señaló también que la propuesta de centrarse en las cuestiones prácticas podía hacer que el plan de trabajo fuera factible. Por otra parte, la sugerencia de que la Comisión pidiera a los Estados que contestaran a una solicitud de información sobre su práctica en relación con el tema antes del 30 de enero de 2014 tuvo una buena acogida general. Según una opinión, era de lamentar la falta de información sobre la práctica facilitada hasta el momento por los Estados.

100. Varios miembros respaldaron la propuesta de intentar alcanzar un entendimiento y uso común de la terminología elaborando un glosario de términos en todos los idiomas. Se insistió en la posible utilidad práctica de esa tarea. Según otros miembros, un léxico de términos rígido no era conveniente, ya que una expresión general como "normas de derecho internacional" podía no reflejar adecuadamente toda la gama del derecho internacional

consuetudinario, que comprendía principios y reglas además de normas. Según otra opinión, un léxico o glosario de términos podía no dar como resultado la claridad deseada, puesto que sería difícil indicar que ciertos términos se habían utilizado sistemáticamente mientras que otros no. Se puso de relieve asimismo el diverso uso de términos y estándares que hace la propia Comisión en su identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario.

3. Conclusiones del Relator Especial

101. El Relator Especial observó que el resultado de los trabajos sobre este tema debía ser esencialmente de carácter práctico. A ese respecto, la elaboración de una serie de "conclusiones" con sus comentarios había contado con amplio apoyo. El Relator Especial observó asimismo el apoyo general de los miembros al planteamiento de los "dos elementos", es decir, que la identificación del derecho internacional consuetudinario requiere la evaluación tanto de la práctica de los Estados como de la *opinio juris*, si bien reconociendo que los dos elementos podían estar a veces "estrechamente entremezclados" y que el peso relativo que había de atribuirse a cada uno de ellos podía variar según el contexto.

102. Los miembros también parecían respaldar un planteamiento unificado o común de la identificación del derecho internacional consuetudinario.

103. Con respecto al alcance del tema, parecía contar con amplio apoyo que se examinara la relación entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes de derecho internacional, incluidos el derecho de los tratados y los principios generales del derecho. También había un interés generalizado en el estudio del derecho internacional consuetudinario regional. En cuanto al *jus cogens*, el Relator Especial observó que había acuerdo general en que no debía tratarse en detalle como parte del presente tema.

104. En cuanto a las preocupaciones expresadas acerca de su insistencia en la claridad terminológica, el Relator Especial indicó que su intención subyacente era promover cierto grado de claridad en el razonamiento. Añadió a este respecto que a lo largo de los años la Comisión había conseguido introducir cierto grado de uniformidad y claridad terminológica en muchas esferas del derecho internacional. Al mismo tiempo, había que lograr un equilibrio entre claridad y flexibilidad.

105. El Relator Especial era consciente de que su propuesta de concluir los trabajos sobre el tema en 2016 quizás no fuera viable; tenía que disponerse de tiempo suficiente para la investigación, el estudio y la reflexión en la Comisión de Derecho Internacional, la Sexta Comisión y, de manera más general, la comunidad internacional. Señaló que la fecha propuesta debía entenderse simplemente como un objetivo, y no como un indicador de la intención de avanzar con una rapidez excesiva.

106. En relación con la propuesta de modificar el título del tema, el Relator Especial señaló que la cuestión también se había examinado en consultas oficiosas. Se había llegado a un consenso sobre el título en todos los idiomas oficiales, como "*Identification of customary international law*" en inglés y "*La détermination du droit international coutumier*" en francés. El Relator Especial recomendó que se modificara el título en consecuencia.

107. El Relator Especial celebró el sustancial debate que había suscitado el asunto de la publicación de la práctica de los Estados e indicó que un primer paso conveniente sería la elaboración de una lista completa de las recopilaciones y publicaciones existentes. También había sido general el apoyo a que se volviera a pedir a los Estados que proporcionasen información sobre la manera en que enfocaban la identificación del derecho internacional consuetudinario.

Capítulo VIII

Aplicación provisional de los tratados

A. Introducción

108. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Aplicación provisional de los tratados" y nombró Relator Especial del tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo³⁷². En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de un informe oral presentado por el Relator Especial en la 3151ª sesión, el 27 de julio de 2012, sobre las consultas oficiosas celebradas acerca del tema y presididas por él mismo. La Comisión también decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre los trabajos relativos a esta materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor relacionada con el derecho de los tratados y con los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 ("Convención de Viena"). Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

109. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/664), cuyo objeto era determinar, en general, las principales cuestiones jurídicas que surgían en relación con la aplicación provisional de los tratados mediante el examen de los planteamientos doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica actual de los Estados. La Comisión tuvo también ante sí un memorando de la Secretaría (A/CN.4/658), que detallaba la historia de las negociaciones sobre el artículo 25 de la Convención de Viena tanto en la Comisión como en la Conferencia de Viena de 1968-1969, y contenía un breve análisis de algunas cuestiones de fondo suscitadas durante su examen.

110. La Comisión examinó el primer informe en sus sesiones 3185ª a 3188ª, celebradas del 24 al 30 de julio de 2013.

1. Presentación del primer informe por el Relator Especial

111. El Relator Especial explicó que su informe preliminar tenía por objeto establecer los parámetros principales de la aplicación provisional de los tratados, a fin de alentar a los Estados a recurrir a ella en mayor medida. El punto de partida lógico era la Convención de Viena. El Relator dijo que por el momento prefería no abordar la cuestión de la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales, prevista en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986.

112. Al presentar una sinopsis de su informe, el Relator Especial señaló la discrepancia terminológica existente entre el proyecto de artículo aprobado por la Comisión en 1966, que hacía referencia a la "entrada en vigor provisional", y el artículo 25, que había sido modificado en la Conferencia de Viena para que dijera "aplicación provisional". El Relator

³⁷² En su 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párr. 267). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 63º período de sesiones (2011), con arreglo a la propuesta contenida en el anexo C del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*).

señaló que, si bien se tenía constancia de que las dos expresiones se habían utilizado de manera prácticamente indistinta, un examen más atento revelaba que se trataba de conceptos jurídicos diferentes. El Relator Especial recordó además los posibles motivos por los que los Estados recurrían a la aplicación provisional, expuestos en su informe.

113. En cuanto a los efectos jurídicos de la aplicación provisional, el Relator Especial observó que, en líneas generales, tales efectos podían depender del contenido de la norma sustantiva de derecho internacional que se estaba aplicando provisionalmente. Las consecuencias secundarias del incumplimiento de una obligación derivada de una norma que se estaba aplicando provisionalmente no se debían al hecho de esa aplicación provisional, sino a la aplicación normal de las normas secundarias de derecho internacional relativas al incumplimiento de las obligaciones. Se sugirió también que la aplicación provisional de los tratados tenía que considerarse en el contexto general del artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena.

114. Si bien expresó su intención de examinar más adelante la cuestión de los efectos jurídicos con mayor detalle, el Relator Especial recordó que los Relatores Especiales Fitzmaurice y Waldock habían mantenido la opinión de que la aplicación provisional de un tratado daba lugar a las mismas obligaciones que se derivarían de la entrada en vigor del tratado. El Relator Especial señaló a ese respecto la pertinencia del principio *pacta sunt servanda* enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena. Además, recordó la opinión, expuesta en las consultas oficiosas celebradas en 2012, de que la aplicación provisional de un tratado creaba obligaciones que no se limitaban a la de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor (artículo 18 de la Convención de Viena).

115. El Relator Especial señaló las características fundamentales del régimen jurídico de la aplicación provisional de los tratados, a saber: que puede preverse expresamente en un tratado, o bien mediante un acuerdo separado entre las partes; que los Estados pueden manifestar su intención de aplicar provisionalmente un tratado tanto de manera explícita como tácita; y que la terminación de la aplicación provisional puede producirse de manera unilateral o por acuerdo entre las partes.

116. El Relator Especial expresó su opinión preliminar de que el tema se prestaba más a la elaboración de directrices o cláusulas modelo que sirvieran de orientación a los gobiernos.

2. Resumen del debate

117. La Comisión y el Relator Especial expresaron su reconocimiento a la Secretaría por la preparación del memorando.

118. Se dijo que, como política jurídica, era inapropiado que la Comisión tratara de promover la aplicación provisional de los tratados. Se citaron algunos ejemplos en que dicha aplicación provisional había sido contraproducente para la ratificación. Otros miembros señalaron que no era tarea de la Comisión alentar o desalentar el recurso a la aplicación provisional, ya que esa decisión era, en esencia, una cuestión de las políticas de los Estados. Desde la perspectiva del derecho internacional, los Estados eran libres para decidir si aplicaban o no un tratado de manera provisional. También se señaló que la importancia de poder recurrir a la aplicación provisional se veía confirmada por la frecuencia con que los Estados lo hacían. Lejos de considerarla un medio de debilitar los tratados, los redactores del artículo 25 habían estimado que se trataba de una manera práctica de garantizar la seguridad jurídica, por ejemplo en el caso de tratados sucesivos, al allanar a los Estados el camino para iniciar la cooperación en relación con un tratado.

119. Se expresó también la preocupación de que la aplicación provisional de los tratados planteaba graves cuestiones acerca de la posibilidad de eludir procedimientos internos

establecidos, como por ejemplo requisitos constitucionales, para participar en un tratado. Otros miembros no compartían tales preocupaciones. Se observó que los Estados eran libres de establecer normas, en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sobre cómo proceder a nivel internacional. La Comisión tenía que partir del supuesto de que la aplicación provisional de los tratados se efectuaba de acuerdo con el derecho interno del Estado en cuestión (con sujeción a la aplicabilidad del artículo 46 de la Convención de Viena). La tarea de la Comisión consistía simplemente en examinar en qué medida el derecho internacional actual debía tener en cuenta las limitaciones establecidas en el derecho interno de los Estados, sin considerar cuáles eran realmente esas limitaciones. Desde la perspectiva del derecho internacional, el consentimiento de un Estado contratante era decisivo. Una vez había manifestado su consentimiento en aplicar provisionalmente un tratado, ya fuese en el propio tratado o mediante un acuerdo separado, el Estado no podía invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena). Se sugirió también que las preocupaciones por la posible elusión de las normas del derecho interno podían resolverse aclarando que la "aplicación provisional" de un tratado conllevaba que las obligaciones contraídas con arreglo al tratado serían vinculantes para el Estado. Esto ayudaría a los Estados a decidir si estaban facultados por la Constitución para aplicar provisionalmente un tratado.

120. Se observó que la tarea de la Comisión era preparar una guía práctica para uso de los Estados cuando negociaran nuevas cláusulas sobre la aplicación provisional o cuando interpretaran y aplicaran las cláusulas existentes, sobre todo teniendo en cuenta que los comentarios de 1966 sobre el derecho de los tratados no se ocupaban de aspectos importantes del texto del artículo 25 aprobado en Viena.

121. Se dijo que la tarea principal que debía acometerse era la de determinar el efecto jurídico de la aplicación provisional. Varios miembros opinaron que, salvo que las partes convinieran en otra cosa, el acuerdo para aplicar provisionalmente un tratado implicaba que las partes interesadas asumían los derechos y obligaciones previstos en el tratado igual que si el tratado estuviese en vigor. Se opinó que la Comisión no debía atribuir ninguna importancia jurídica a la diferencia de terminología entre "entrada en vigor provisional" y "aplicación provisional". Según otra sugerencia, podía establecerse una distinción entre los tratados que se estaban aplicando provisionalmente y los acuerdos "provisionales" o "interinos". Se invitó además al Relator Especial a examinar la relación con otras disposiciones de la Convención de Viena, como los artículos 18, 26, 27 y 46. Se expresaron diferentes opiniones acerca de la conveniencia de examinar cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados en el marco de este tema.

122. Se sugirió que el Relator Especial tratara de determinar si las normas del artículo 25 eran aplicables, como normas de derecho internacional consuetudinario o de otra manera, en los casos en que no se aplicaba la Convención de Viena. También se apuntó la conveniencia de considerar en qué medida el hecho de que un tratado se aplicase de manera provisional podía contribuir a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario.

123. También se sugirió la posibilidad de debatir las cuestiones siguientes: determinar si existían requisitos de procedimiento para la aplicación provisional de los tratados; considerar la relación entre las partes que aplicaban provisionalmente un tratado y terceros; analizar el requisito de que la intención de aplicar provisionalmente un tratado fuera clara e inequívoca; considerar la aplicabilidad de las normas relativas a las reservas a los tratados; analizar la distinción entre la aplicación provisional y la aplicación necesaria de determinadas disposiciones de un tratado desde el momento de la adopción de su texto (artículo 24, párrafo 4, de la Convención de Viena); considerar la aplicabilidad de las normas sobre la interpretación de los tratados; estudiar la cuestión de la terminación de la

aplicación provisional (incluido su efecto sobre la posición jurídica de terceros); examinar la posición de los Estados que no han firmado ni se han adherido a un tratado multilateral pero desean aplicarlo provisionalmente; examinar si determinadas disposiciones de un tratado, como aquellas por las que se establecen mecanismos de vigilancia, quedarían por definición fuera de la aplicación provisional; aclarar el alcance temporal de la aplicación provisional, incluida la posibilidad de una aplicación provisional indefinida; y considerar la cuestión de la retroactividad de las obligaciones una vez entra en vigor un tratado que se hubiese aplicado de manera provisional. Se propuso además que se estableciera una distinción general entre la aplicación provisional de tratados bilaterales y multilaterales.

124. Se expresó la preferencia de incluir en el ámbito de este tema el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, puesto que también las organizaciones internacionales podían recurrir a la aplicación provisional de los tratados.

125. Algunos miembros opinaron que era demasiado pronto para adoptar una posición acerca de los resultados finales a los que podría llegarse en este tema, mientras que algunos otros dijeron que unas conclusiones acompañadas de comentarios podrían resultar útiles para aclarar diversos aspectos relacionados con la aplicación provisional de los tratados.

3. Conclusiones del Relator Especial

126. El Relator Especial indicó que la Comisión debía guiarse por la práctica de los Estados durante la negociación, aplicación e interpretación de los tratados que se estaban aplicando de manera provisional. Subrayó que compartía la opinión de que no debía parecer que la Comisión alentara o desalentara el recurso a la aplicación provisional. El objetivo era que los Estados viesan la cuestión con mayor claridad al negociar y aplicar cláusulas de aplicación provisional. En cuanto a la terminología, el Relator Especial indicó que, a pesar de que en la labor anterior de la Comisión se había hablado de "entrada en vigor provisional", debería darse precedencia a los términos utilizados en el artículo 25, a saber "aplicación provisional". Opinó asimismo que valía la pena examinar la cuestión de si la aplicación provisional de los tratados tenía carácter de derecho internacional consuetudinario cuando se daba la situación de que dos o más Estados que pretendían aplicar provisionalmente un tratado no eran partes en la Convención de Viena ni habían concertado un acuerdo separado. Apoyó además la opinión de que no incumbía a la Comisión acometer un análisis de las normas internas de los Estados. Por consiguiente, las referencias a la legislación interna debían considerarse simplemente ejemplos ilustrativos de la posición adoptada por los Estados, y correspondía únicamente a los Estados determinar qué consecuencias tenía para su ordenamiento jurídico interno el recurso a la aplicación provisional.

127. El Relator Especial confirmó que tenía intención de examinar la relación entre el artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena, en particular las relativas a la manifestación del consentimiento, la formulación de reservas, los efectos sobre terceros Estados, la aplicabilidad de las normas sobre interpretación, aplicación y terminación de los tratados, así como la nulidad de los tratados. Señaló asimismo la necesidad de considerar el aspecto temporal de la aplicación provisional, en particular si esta podía tener una duración indefinida. Además sugirió que se analizara el efecto jurídico de la aplicación provisional en el contexto de las normas de tratados que establecían los derechos de las personas. También valía la pena explorar la diferencia entre tratados multilaterales y tratados bilaterales.

128. El Relator Especial estuvo de acuerdo con los miembros que preferían no llevar a cabo un análisis de las normas aplicables sobre la responsabilidad de los Estados en relación con la aplicación provisional de los tratados. A su juicio, bastaba con indicar que el incumplimiento de una obligación derivada de un tratado que se estaba aplicando provisionalmente producía las consecuencias jurídicas a que se referían las normas

establecidas en materia de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. También tomó nota del interés de algunos miembros por incluir la Convención de Viena de 1986 en el ámbito del tema.

129. El Relator Especial dijo que, a su entender, la elaboración de unas directrices con sus comentarios sería un resultado apropiado del examen de este tema.

Capítulo IX

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

A. Introducción

130. En su 63º período de sesiones (2011), la Comisión decidió incluir el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" en su programa de trabajo a largo plazo³⁷³, tomando como base la propuesta que figuraba en el anexo E del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones³⁷⁴. En el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, la Asamblea General tomó nota, entre otras cosas, de la inclusión de este tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

131. En su 3171ª sesión, celebrada el 28 de mayo de 2013, la Comisión decidió incluir el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" en su programa de trabajo y nombrar Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

132. En su 3188ª sesión, el 30 de julio de 2013, la Relatora Especial presentó a la Comisión el informe oral que figura a continuación acerca de las consultas oficiosas sobre este tema celebradas bajo su presidencia los días 6 de junio y 9 de julio de 2013. En esa misma sesión, la Comisión tomó nota del informe.

Informe de la Relatora Especial acerca de las consultas oficiosas celebradas sobre el tema

133. El propósito de las consultas oficiosas había sido entablar un diálogo informal con los miembros de la Comisión sobre una serie de cuestiones que podían ser pertinentes para el examen de este tema en el presente quinquenio. Para facilitar las consultas, la Relatora Especial había preparado dos documentos oficiosos en los que se exponían algunos elementos preliminares, que debían examinarse junto con la sinopsis que figuraba en el anexo E del informe de la Comisión de 2011 (A/66/10) que contenía la propuesta inicial relativa a este tema.

134. Las consultas iniciales habían ofrecido a los miembros de la Comisión la oportunidad de reflexionar y hacer comentarios sobre el camino a seguir. Entre los elementos de la labor que se debatieron cabe citar el alcance y la metodología, la orientación general de los trabajos y el calendario de la labor futura.

135. Con respecto a las cuestiones del alcance y la metodología, la Relatora Especial había propuesto que el tema se abordase desde un punto de vista temporal más que desde la perspectiva de diversas áreas del derecho internacional, como el derecho internacional del medio ambiente, el derecho de los conflictos armados y el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de hacer el tema más manejable y fácil de delimitar. En las fases temporales se estudiarían las medidas jurídicas adoptadas para proteger el medio ambiente antes, durante y después de los conflictos armados (fase I, fase II y fase III, respectivamente). Se alentó ese enfoque, ya que permitiría a la Comisión determinar las

³⁷³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párrs. 365 a 367.

³⁷⁴ *Ibid.*, págs. 375 a 394.

cuestiones jurídicas concretas relacionadas con el tema surgidas en las distintas etapas de los conflictos armados. La determinación de esas cuestiones podría facilitar la elaboración ulterior de conclusiones o directrices concretas.

136. La Relatora Especial propuso, además, que la labor se centrara en la fase I, es decir, las obligaciones de interés para un posible conflicto armado, y en la fase III, esto es, las medidas posteriores a los conflictos. La fase II, a saber, la etapa en la que se aplica el derecho de la guerra, recibiría menos atención, ya que se indicó que modificar los regímenes jurídicos existentes no era competencia de la Comisión. Se propuso que la labor de la fase II se centrara también en los conflictos armados no internacionales.

137. El método de abordar el tema en fases temporales había tenido en general buena acogida entre los miembros de la Comisión. Varios de ellos subrayaron que la fase II era la más importante. Otros señalaron que la más importante era la fase I, o bien la fase III, o que lo eran ambas fases. Finalmente, se estuvo en general de acuerdo con la opinión de la Relatora Especial de que, aunque la labor se dividiera en fases temporales, no podía trazarse una línea divisoria estricta entre las distintas fases. Esa línea divisoria sería artificial y no se correspondería con el funcionamiento de las normas jurídicas pertinentes. Por ejemplo, el derecho de los conflictos armados consistía en normas aplicables antes, durante y después de los conflictos.

138. En las consultas oficiosas también se debatió si la Comisión debería tener en cuenta los efectos de determinadas armas en el medio ambiente. La Relatora Especial señaló que el efecto de esas armas no debía ser el aspecto central del tema. Algunos miembros habían estado de acuerdo con ella y habían dicho que no era conveniente examinar la cuestión de las armas, mientras que otros habían opinado que debería abordarse.

139. Con objeto de facilitar el debate sobre el camino a seguir, la Relatora Especial había distribuido un esquema de la labor futura sobre el tema, que incluía una propuesta sobre el aspecto central de su primer informe. Se propuso un calendario de tres años para llevar a cabo la labor, con arreglo al cual cada año había que someter un informe a la Comisión para su examen.

140. La Relatora Especial señaló que tenía la intención de someter su primer informe a la Comisión para que esta lo examinara en su 66º período de sesiones (2014). El primer informe se centraría en la fase I, es decir, en las obligaciones de interés para un posible conflicto armado. No se abordarían las medidas posteriores al conflicto en sí, aunque la preparación de esas medidas debía llevarse a cabo antes de que el conflicto armado hubiera estallado. La Relatora Especial también indicó que tenía previsto determinar, a los efectos de su primer informe, las cuestiones examinadas previamente por la Comisión que pudieran ser de interés para el presente tema.

141. Propuso que el segundo informe, que habría de presentarse en 2015, se centrara en el derecho de los conflictos armados, incluidos los conflictos armados no internacionales, y que contuviera un análisis de las normas existentes. El tercer informe giraría en torno a las medidas posteriores a los conflictos, en particular la reparación del daño, la reconstrucción, la responsabilidad por el hecho ilícito (*responsibility*), la responsabilidad por el daño causado (*liability*) y la indemnización, prestando especial atención al examen de la jurisprudencia. En los tres informes figurarían conclusiones o un proyecto de directrices que se discutirían en la Comisión, con la posibilidad de ser remitidos al Comité de Redacción.

142. Para ayudarla en su labor sobre el tema, la Relatora Especial dijo que sería importante reunir información de diversas fuentes. En ese sentido, señaló que convendría que la Comisión pidiera a los Estados que proporcionaran ejemplos de casos en los que el derecho internacional del medio ambiente, incluidos los tratados regionales y bilaterales, había seguido aplicándose en tiempo de conflicto armado internacional o no internacional.

Los miembros de la Comisión también habían alentado a que se celebraran consultas con otros órganos de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales dedicados a la protección del medio ambiente, como el PNUMA, la UNESCO, el ACNUR y el CICR. La celebración de consultas con órganos regionales como la Unión Africana, la Unión Europea, la Liga de los Estados Árabes y la Organización de los Estados Americanos también había contado, en general, con buena acogida.

143. Con respecto al resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema, la Relatora Especial había dicho que este se prestaba más a la elaboración de un proyecto de directrices no vinculantes que a un proyecto de convenio. Algunos miembros consideraron prematuro tomar una decisión sobre la forma definitiva de la labor.

144. También se puso de manifiesto una discrepancia en la traducción anterior del título del tema en algunos idiomas oficiales, que había sido fuente de confusión. El título del tema era "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados". Las palabras "en relación con" tenían que figurar en todos los idiomas para indicar que el tema abarcaba tres fases temporales y no se limitaba a la fase del conflicto armado.

Capítulo X

La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)

A. Introducción

145. En su 57º período de sesiones (2005), la Comisión decidió incluir el tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Zdzislaw Galicki³⁷⁵.

146. El Relator Especial presentó cuatro informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 58º período de sesiones (2006), el segundo informe en su 59º período de sesiones (2007), el tercer informe en su 60º período de sesiones (2008) y el cuarto informe en su 63º período de sesiones (2011)³⁷⁶.

147. En el 61º período de sesiones (2009), se estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Alain Pellet³⁷⁷ y, como resultado de sus deliberaciones, el Relator Especial elaboró un marco general para el examen del tema especificando las cuestiones que se tratarían³⁷⁸. En el 62º período de sesiones (2010), el Grupo de Trabajo volvió a constituirse y, en ausencia de su Presidente, estuvo presidido por el Sr. Enrique Candioti³⁷⁹. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí el Estudio realizado por la Secretaría de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión (A/CN.4/630). En el 64º período de sesiones (2012) la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), bajo la presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree, para evaluar los progresos realizados por la Comisión en la labor sobre el tema y examinar posibles opciones futuras que podría adoptar la Comisión³⁸⁰.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

148. En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) bajo la presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree. El Grupo de Trabajo siguió

³⁷⁵ En su 2865ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2005 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 500). En el párrafo 5 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 56º período de sesiones (2004) sobre la base de la propuesta adjunta al informe de ese año (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/59/10)*, párrs. 362 y 363).

³⁷⁶ A/CN.4/571 (informe preliminar); A/CN.4/585 y Corr.1 (segundo informe); A/CN.4/603 (tercer informe); y A/CN.4/648 (cuarto informe).

³⁷⁷ En la 2988ª sesión de su 60º período de sesiones (2008), celebrada el 31 de julio, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo sobre el tema presidido por el Sr. Alain Pellet, cuyo mandato y composición se determinarían en el 61º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, párr. 315).

³⁷⁸ Por lo que respecta al marco general propuesto y preparado por el Grupo de Trabajo, véase *ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, párr. 204.

³⁷⁹ En su 3071ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente provisional del Grupo de Trabajo (*ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/65/10)*, párrs. 337 a 340).

³⁸⁰ En su 3152ª sesión, el 30 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente provisional del Grupo de Trabajo (*ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párrs. 208 a 221).

evaluando la labor sobre el tema, en particular a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. el Senegal)*, de 20 de julio de 2012. El Grupo de Trabajo celebró siete sesiones, los días 8, 14, 16 y 28 de mayo, el día 5 de junio y los días 18 y 24 de julio de 2013.

149. En su 3189ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo, que figura como anexo A del presente informe.

Capítulo XI

La cláusula de la nación más favorecida

A. Introducción

150. En su 60º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "La cláusula de la nación más favorecida" y, en su 61º período de sesiones, decidió establecer un Grupo de Estudio sobre el tema³⁸¹.

151. En el 61º período de sesiones (2009) se estableció un Grupo de Estudio, presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera³⁸², y se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62º (2010) y 63º (2011) bajo la misma presidencia conjunta³⁸³. En el 64º período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae³⁸⁴.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

152. En el actual período de sesiones la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae. En su ausencia, el Sr. Mathias Forteau desempeñó las funciones de presidente. El Grupo de Estudio celebró cuatro reuniones, los días 23 de mayo y 10, 15 y 30 de julio de 2013.

153. En su 3189ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio.

1. Labor del Grupo de Estudio

154. Cabe recordar que el objetivo general del Grupo de Estudio es tratar de evitar la fragmentación del derecho internacional y poner de manifiesto la importancia de lograr una mayor coherencia en los enfoques adoptados en las decisiones arbitrales en el ámbito de las

³⁸¹ En su 2997ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, párr. 354). Para una sinopsis del tema, véase *ibid.*, anexo B. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

³⁸² En su 3029ª sesión, el 31 de julio de 2009, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (*ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, párrs. 211 a 216). El Grupo de Estudio examinó, entre otras cosas, un marco que serviría de guía para la labor futura y acordó un plan de trabajo que incluía la preparación de documentos con el objetivo de aclarar en mayor medida cuestiones relativas, en particular, al alcance de las cláusulas NMF y a su interpretación y aplicación.

³⁸³ En su 3071ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio (*ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/65/10)*, párrs. 359 a 373). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009 que serviría de guía para la labor futura y acordó un programa de trabajo para 2010. En su 3119ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral de los Copresidentes del Grupo de Estudio (*ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párrs. 349 a 363). El Grupo de Estudio consideró y examinó otros documentos preparados sobre la base del marco de 2009.

³⁸⁴ En su 3051ª sesión, el 27 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio (*ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párrs. 245 a 265). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009.

inversiones, en particular en relación con las disposiciones relativas al trato NMF. El Grupo de Estudio sigue trabajando con miras a contribuir al logro de una mayor certeza y estabilidad en el ámbito del derecho de inversiones. Trata de obtener unos resultados que tengan utilidad práctica para quienes tienen relación con el mundo de las inversiones y los encargados de formular políticas. El Grupo no tiene la intención de preparar un proyecto de artículos ni de revisar el proyecto de artículos de 1978 de la Comisión sobre la cláusula de la nación más favorecida.

155. Con objeto de arrojar más luz sobre los problemas actuales que plantea la cláusula de la nación más favorecida en relación con el derecho de inversiones, el Grupo de Estudio ha venido preparando y examinando desde 2010 varios documentos de antecedentes. En particular ha examinado: a) los tipos de disposiciones NMF vigentes, labor de carácter continuo; b) el proyecto de artículos de 1978 aprobado por la Comisión y los elementos de ese proyecto que siguen siendo pertinentes; c) aspectos de la forma en que la cláusula NMF se había desarrollado y se estaba desarrollando en el contexto del GATT y de la OMC; d) otras novedades en el contexto de la OCDE y la UNCTAD; e) cuestiones actuales relacionadas con el ámbito de aplicación de la cláusula NMF, como las que planteó el laudo en el caso *Maffezini*; f) la forma en que los tribunales de inversiones habían interpretado la cláusula NMF, en el caso *Maffezini* y con posterioridad a este; y g) los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento³⁸⁵.

156. El Grupo de Estudio también ha tratado de identificar las decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, así como el tipo de disposiciones NMF interpretadas. Asimismo, a fin de precisar el contenido normativo de las cláusulas NMF en el ámbito de las inversiones, examinó un documento informal sobre modelos de cláusulas NMF con posterioridad al caso *Maffezini*, en el que se examinan las diversas formas en que los Estados han reaccionado a la decisión en el caso *Maffezini*, por ejemplo, declarando de manera específica que la cláusula NMF no se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias, o enumerando de manera concreta los ámbitos a los que es aplicable la cláusula NMF. También ha examinado un documento de trabajo informal en el que se ofrece una sinopsis de expresiones del tipo NMF utilizadas en acuerdos de sede, en los que se confiere a los representantes de los Estados ante una organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozan los diplomáticos en el Estado anfitrión. Estos documentos de trabajo informales, junto con un documento de trabajo informal sobre "Los tratados bilaterales de imposición y la cláusula de la nación más favorecida", siguen siendo parte de la labor en curso.

157. El Grupo de Estudio ya había señalado la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y de los acuerdos de inversiones, la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo, y las normas nacionales relativas al trato, así como los acuerdos regionales de integración económica y

³⁸⁵ Catálogo de disposiciones NMF (Sr. D. M. McRae y Sr. A. R. Perera); El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1978 (Sr. S. Murase) (ese documento se revisó nuevamente en 2013); la cláusula NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Sr. D. M. McRae); la labor de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en relación con la cláusula NMF (Sr. M. D. Hmoud); la labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en relación con la cláusula NMF (Sr. S. C. Vasciannie); el caso *Maffezini* en el marco de los tratados sobre inversiones (Sr. A. R. Perera); la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones (D. M. McRae); la interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales arbitrales (D. M. McRae); y el efecto de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones procesales (Sr. M. Forteau).

los acuerdos de libre comercio, con objeto de evaluar si alguna forma de aplicación de la cláusula NMF en esos ámbitos podría aportar algo a la labor del Grupo de Estudio. También se puso de manifiesto la necesidad de examinar la relación entre tratados bilaterales y multilaterales y la forma en que la cláusula NMF actuaba en un entorno más diverso y complejo desde la aprobación del proyecto de artículos de 1978 de la Comisión sobre la cláusula NMF; así como la cuestión de la reciprocidad en la aplicación de la cláusula NMF, en particular en acuerdos entre países desarrollados y en desarrollo.

158. Se entendió en general que el objetivo final sería elaborar un informe global en el que se analizaran de manera sistemática las distintas cuestiones que se determinasen relevantes. Estaba previsto que el informe final recogiera los antecedentes generales de la labor dentro del marco más amplio del derecho internacional general, a la luz de avances posteriores, como la aprobación del proyecto de artículos de 1978. Así pues, en el informe tratarían también de abordarse cuestiones actuales relacionadas con las cláusulas NMF, analizando en ese sentido aspectos como la relevancia actual de las disposiciones NMF, la labor realizada por otros órganos sobre las disposiciones NMF, y los diferentes enfoques adoptados en la interpretación de disposiciones NMF. Se consideró la posibilidad de que el informe final del Grupo de Estudio abordara de manera general la cuestión de la interpretación de las disposiciones NMF en acuerdos sobre inversiones respecto del arreglo de controversias, analizando los diversos factores relevantes para ese proceso y presentando, en su caso, directrices y ejemplos de cláusulas modelo para la negociación de disposiciones NMF a partir de la práctica de los Estados.

2. Deliberaciones del Grupo de Estudio en el actual período de sesiones

159. El Grupo de Estudio examinó un documento de trabajo titulado "Tratados bilaterales de inversiones sobre tribunales mixtos: carácter jurídico de los arreglos de controversias en materia de inversiones", del Sr. S. Murase, así como un documento de trabajo que contenía un estudio sobre la formulación de las cláusulas NMF y la jurisprudencia relacionada con el caso Maffezini, preparado por el Sr. M. D. Hmoud. El Grupo de Estudio también siguió examinando la jurisprudencia y la práctica actual relevantes para la interpretación de las cláusulas NMF. En ese sentido, examinó laudos y votos particulares y disidentes recientes³⁸⁶, en los que se abordaban cuestiones examinadas por el Grupo.

160. El documento de trabajo del Sr. Murase se ocupaba de un aspecto debatido con anterioridad por el Grupo de Estudio en 2012 en relación con un documento de trabajo del Sr. M. Forteau sobre "Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento", en el que se analizaba el fenómeno de los tribunales mixtos ofreciendo una explicación de la naturaleza mixta del arbitraje en relación con las inversiones; se evaluaban las peculiaridades de la aplicación de la cláusula NMF en el arbitraje mixto; se estudiaba el efecto de dicho arbitraje en la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones de procedimiento; se consideraba que la naturaleza mixta del arbitraje en materia de inversiones actuaba a dos niveles, dado que las partes en los procedimientos, al tratarse de un demandante privado y de un Estado demandado, no tenían la misma naturaleza; y se argumentaba que el tribunal en esa instancia era un sustituto funcional de un tribunal nacional, por lo demás competente, del Estado anfitrión. Así pues, el arbitraje mixto se situaba entre los planos nacional e internacional ya que, cuando se refería a inversiones, tenía afinidades tanto con el arbitraje

³⁸⁶ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, caso N° ARB/05/1 del CIADI, notificado a las partes el 22 de agosto de 2012, voto disidente del Magistrado Charles N. Brower y voto particular del Profesor Domingo Bello Janeiro; y *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, caso N° ARB/10/1 del CIADI, notificado a las partes el 2 de julio de 2013, y voto particular del Profesor William W. Park. Véase también la decisión del CIADI sobre la excepción a la jurisdicción por falta de consentimiento en *Garanti Koza LLP v. Turkmenistán*, de 3 de julio de 2013.

comercial internacional como con el arbitraje público internacional, al tener un elemento privado y un elemento público. El objeto del documento de trabajo del Sr. Murase era presentar una perspectiva histórica del desarrollo del derecho en este ámbito. En él se recordaba que el proceso de "internacionalización" de los "acuerdos de concesión" celebrados entre una empresa inversora y el Estado anfitrión surgió en el siglo XIX y principios del XX. Esos acuerdos se consideraban "contratos de derecho privado" o "contratos de derecho público (o administrativo)", regulados por el derecho interno del Estado de nacionalidad del inversor o del Estado anfitrión. Tras la Segunda Guerra Mundial, la exclusión del derecho interno y de la jurisdicción nacional se convirtió en una tendencia evidente en dichos acuerdos, lo que dio lugar, en la doctrina, a consideraciones en el sentido de que esos acuerdos estaban regulados por "los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas" más que por el derecho interno de cualquiera de los Estados, y que tales acuerdos eran "acuerdos de desarrollo económico" que no se regían ni por el derecho interno ni por el derecho internacional, sino por la *lex contractus*, aun cuando la jurisprudencia rechazara dicho enfoque³⁸⁷. Se afirmaba que estos acuerdos de concesión o acuerdos de desarrollo económico eran un precursor que llevaba a la celebración posterior de numerosos acuerdos bilaterales de inversión (TBI), que son acuerdos entre Estados, cuyas disposiciones sustantivas se rigen por el derecho internacional. No obstante, desde el punto de vista del procedimiento, se argumentaba que, independientemente del grado en que los tribunales mixtos puedan parecerse a los tribunales interestatales, el Grupo de Estudio debía tratarlos con cuidado y de manera diferente a, por ejemplo, los casos de controversias de la OMC.

161. El documento de trabajo preparado por el Sr. Hmoud contenía una compilación de disposiciones de tratados pertinentes que se habían examinado en laudos y que abordaban la cuestión planteada en el caso *Maffezini* respecto de si una cláusula NMF era aplicable a las cláusulas de arreglo de controversias, junto con extractos de los laudos correspondientes.

162. Con respecto a los laudos del caso *Daimler* y del caso *Kılıç* que examinó el Grupo de Estudio, este señaló que abordaban cuestiones de controversias similares a las del caso *Maffezini* y que los diversos elementos planteados en los laudos podían ser relevantes para su trabajo, ya que el Grupo de Estudio se había ocupado en 2012 de los diversos factores que los tribunales tienen en cuenta a la hora de interpretar cláusulas NMF. En particular, el Grupo de Estudio reconoció que, para este fin, tenían especial interés los enfoques interpretativos de los tribunales arbitrales respecto de la cláusula NMF, y reconoció asimismo la relevancia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En los laudos se destacaban varios aspectos importantes de la interpretación de los tratados, como el texto y el marco contextual del tratado, incluida la práctica convencional de los Estados en cuestión, el objeto y fin del tratado y el consentimiento y la contemporaneidad. El Grupo de Estudio tomó nota también de que el tribunal arbitral en el caso *Daimler* examinó el sentido del concepto de trato "más" o "menos" favorable en relación con los distintos procedimientos de arreglo de controversias a disposición de las partes en un tratado. Consideró también que, en el laudo del caso *Kılıç*, el enfoque general de la jurisprudencia pertinente podía ser de utilidad para la elaboración de su informe final.

163. Estaba previsto que, en el actual período de sesiones, el Grupo de Estudio comenzase a examinar el proyecto de informe final, que prepararía el Presidente teniendo en cuenta los diversos documentos de trabajo presentados al Grupo de Estudio. Pese a la ausencia del Presidente, hubo un intercambio de opiniones sobre el planteamiento general

³⁸⁷ Véase Corte Internacional de Justicia, causa *Anglo-Iranian Oil Co. (Jurisdiction)*, *Judgment*, 22 de julio de 1952; *I.C.J. Reports 1952*, pág. 93 y ss., en especial pág. 112, donde se dice que el Tribunal no puede aceptar el planteamiento de que el contrato firmado entre el Gobierno del Irán y la Anglo-Iranian Oil Co. tenga un carácter doble. No es más que un contrato de concesión entre un gobierno y una sociedad extranjera.

del informe final y se reconoció una vez más que, si bien la labor se centraba en el ámbito de las inversiones, las cuestiones a examen estarían mejor encuadradas en un marco más amplio, como el derecho internacional general y la labor previa de la Comisión. En el informe se abordarían cuestiones como los orígenes y el propósito de la labor del Grupo de Estudio; el proyecto de artículos de 1978 y su relevancia; los avances ocurridos desde 1978; la relevancia actual de las disposiciones NMF, incluido el proyecto de artículos de 1978; el examen de disposiciones NMF en otros órganos, como la UNCTAD y la OCDE; consideraciones contextuales, como la cuestión de los arbitrajes mixtos señalada, por ejemplo, en el documento del Sr. Murase; y los enfoques contrapuestos respecto de la interpretación de las disposiciones NMF en la jurisprudencia.

164. Al profundizar en la interpretación de las disposiciones NMF en los acuerdos de inversiones, tomando como punto de partida la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el Grupo de Estudio observó la posibilidad de preparar para el informe final directrices y cláusulas modelo. No obstante, reconoció los riesgos de que cualquier resultado fuera excesivamente prescriptivo. En lugar de ello, se observó que podría ser de utilidad enumerar los ejemplos surgidos en la práctica en relación con tratados y señalar a la atención de los Estados la interpretación que se había dado a diversas disposiciones en varios laudos. Se consideró que el estudio iniciado por el Sr. Hmoud sería de utilidad cuando el Grupo de Estudio se ocupara del tema de las directrices y las cláusulas modelo en relación con las cuestiones planteadas en el laudo del caso *Maffezini*. El Grupo de Estudio recordó una vez más que había determinado anteriormente la necesidad de seguir examinando la cuestión de las cláusulas NMF en relación con el comercio de servicios en el marco de acuerdos generales de comercio y servicios y de acuerdos de inversiones, así como la relación entre las cláusulas NMF, el trato justo y equitativo y las normas nacionales relativas al trato. Todos esos aspectos seguirían siendo examinados por el Grupo de Estudio a medida que fuera avanzando su labor. El Grupo era consciente asimismo de que no debía ampliarse en exceso el alcance de su labor.

Capítulo XII

Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

165. En su 3160ª sesión, el 7 de mayo de 2013, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso.

166. El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. Tuvo ante sí la sección I del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo séptimo período de sesiones, titulada "Otras decisiones y conclusiones de la Comisión"; la resolución 67/92 de la Asamblea General, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º, y en particular los párrafos 23 a 28 de esa resolución; la resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012, que contenía la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional; y la resolución 67/97 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

1. Inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo de la Comisión

167. En su 3171ª sesión, celebrada el 28 de mayo de 2013, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" y nombrar Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson.

168. En su 3197ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Protección de la atmósfera" y nombrar Relator Especial al Sr. Shinya Murase. La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo, en el entendimiento de que:

a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual.

b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de "llenar" lagunas en los regímenes convencionales.

c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formen parte del tema.

d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos.

Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento.

2. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

169. En su primera sesión, celebrada el 7 de mayo de 2013, el Grupo de Planificación decidió volver a constituir durante el actual período de sesiones el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. En ausencia de su Presidente, el Sr. Donald M. McRae, el Grupo estuvo presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud. El Sr. Hmoud presentó un informe provisional oral al Grupo de Planificación en su segunda sesión, el 6 de junio, y otro en su tercera sesión, el 25 de julio de 2013. El Grupo de Trabajo recomendó que se incluyera en el programa a largo plazo de la Comisión el tema "Crímenes de lesa humanidad", tomando como base la propuesta preparada por el Sr. Sean D. Murphy. El Grupo de Trabajo siguió la recomendación de la Comisión en su 50º período de sesiones (1998) acerca de los criterios para la selección de los temas, a saber:

- a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional;
- b) que el tema esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación;
- c) que el tema sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación.

La Comisión convino también en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que podría examinar también temas que reflejaran las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las cuestiones de mayor interés para la comunidad internacional en su conjunto³⁸⁸.

170. La Comisión hizo suya la recomendación de que el tema "Crímenes de lesa humanidad" se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo. Se señaló que al examinar el tema en la sinopsis debería haberse adoptado una perspectiva más amplia en la que se abarcaran todos los crímenes más graves. La sinopsis del tema incluido por la Comisión en el actual período de sesiones en su programa de trabajo a largo plazo figura en el anexo B del presente informe.

3. Examen de la resolución 67/97 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 2012, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

171. La Asamblea General, en su resolución 67/97, de 14 de diciembre de 2012, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas, reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho. Desde su 60º período de sesiones (2008), la Comisión ha venido formulando observaciones sobre sus funciones en la promoción del estado de derecho. La Comisión observa que los aspectos de fondo de los extensos comentarios que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008 (A/63/10) siguen siendo pertinentes y reitera las observaciones recogidas en el párrafo 231 de su informe de 2009 (A/64/10), así como las que figuran en los párrafos 390 a 393 de su informe de 2010 (A/65/10), los párrafos 392 a 398 de su informe de 2011 (A/66/10) y los párrafos 274 a 279 de su informe de 2012 (A/67/10).

³⁸⁸ *Anuario...*, 1998, vol. II (segunda parte), pág. 121, párr. 553.

172. La Comisión celebra la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional que figura en la resolución 67/1 de la Asamblea General y comparte el compromiso expresado en la Declaración con un orden internacional basado en el estado de derecho y el reconocimiento de que el estado de derecho se aplica a todos los Estados por igual y a las organizaciones internacionales. La Comisión también toma nota del reconocimiento expresado a la labor llevada a cabo por la Comisión de Derecho Internacional en la promoción del estado de derecho a escala internacional mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

173. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de la Comisión, ya que su misión fundamental es trabajar en pro del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, teniendo presente su aplicación en el plano nacional.

174. La Comisión desea reiterar que su labor ha propiciado que los Estados aprueben un número considerable de convenciones. Para que esas convenciones cumplan plenamente su finalidad tienen que ser ratificadas y aplicadas. Además de formular proyectos de artículos, los resultados de la labor de la Comisión presentan otras formas, que también contribuyen al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Teniendo presente en todos sus trabajos el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional y procura promover el estado de derecho como principio de gobernanza en el plano internacional.

175. La Comisión también celebra la valiosa contribución realizada por la Asamblea General, principal órgano deliberante y representativo de las Naciones Unidas, al estado de derecho en todos sus aspectos mediante la formulación de políticas y el establecimiento de normas, así como a través del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

176. La Comisión, en su calidad de órgano creado por la Asamblea General, de acuerdo con el mandato establecido en el Artículo 13 1) a) de la Carta de las Naciones Unidas y en su estatuto, y en consonancia con las opiniones expresadas por los Estados en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, continuará promoviendo el estado de derecho mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

177. La Comisión celebra la decisión de la Asamblea General de elegir el tema "El estado de derecho y el arreglo pacífico de controversias internacionales" para el debate temático de la Sexta Comisión de este año.

178. Teniendo presente la estrecha relación que existe entre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, la Comisión, en cumplimiento de su mandato de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, considera que su labor debería tener en cuenta, cuando proceda, los principios de derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se indica en el preámbulo y el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, y en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

179. Por consiguiente, la Comisión ha promovido la concienciación respecto del estado de derecho en los planos nacional e internacional, en particular, entre otros medios, a través de la labor realizada en temas como la expulsión de extranjeros, la protección de las personas en casos de desastre, la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

180. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Honorarios

181. La Comisión reitera una vez más su opinión, expresada en informes anteriores de la Comisión³⁸⁹, sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación de la resolución 56/272 de la Asamblea General, de 27 de marzo de 2002. La Comisión insiste en que esa resolución afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

5. Documentación y publicaciones

182. La Comisión reiteró su reconocimiento de la especial relevancia y el notable valor que tienen para su tarea las publicaciones jurídicas preparadas por la Secretaría³⁹⁰. Manifestó su reconocimiento por que la División de Codificación hubiera logrado agilizar de manera significativa la publicación de sus obras gracias a la continuación y expansión de su iniciativa de maquetación electrónica, con la que mejoraron enormemente la publicación oportuna y la relevancia de esas publicaciones para la labor de la Comisión.

183. La Comisión observó con satisfacción que las actas resumidas de la Comisión, que constituyen una labor preparatoria indispensable del proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no serían objeto de restricciones arbitrarias en lo que respecta a su longitud. No obstante, habida cuenta de la repercusión que la limitada dotación de personal de las secciones encargadas de redactar actas resumidas podría tener en la integridad y calidad de estas, se adoptaron una serie de medidas experimentales para racionalizar la preparación de las actas resumidas de la Comisión tras los intercambios mantenidos entre la secretaría de la Comisión y las secciones encargadas de la redacción. Los nuevos acuerdos conllevan la remisión más expeditiva de las actas provisionales a los miembros de la Comisión para que realicen los cambios que procedan y la pronta publicación de la versión definitiva. Cabe esperar que esas medidas den lugar a una utilización más racional de los recursos y faciliten la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas, sin afectar a su integridad.

184. La Comisión es consciente de que, dada la situación financiera actual, la continuidad de algunas publicaciones de la División de Codificación puede peligrar.

185. Habida cuenta de la extrema utilidad que tienen para su labor las publicaciones que figuran más abajo, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que pidiera al Secretario General que se mantengan las publicaciones siguientes:

- a) La Comisión de Derecho Internacional y su obra en los seis idiomas oficiales al inicio de cada quinquenio;
- b) *Reports of International Arbitral Awards* en inglés o francés; y

³⁸⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párrs. 525 a 531; *ibid.*, quincuagésimo octavo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/58/10)*, párr. 447; *ibid.*, quincuagésimo noveno período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/59/10)*, párr. 369; *ibid.*, sexagésimo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 501; *ibid.*, sexagésimo primer período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/61/10)*, párr. 269; *ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/62/10)*, párr. 379; *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/63/10)*, párr. 358; *ibid.*, sexagésimo cuarto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/64/10)*, párr. 240; *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/65/10)*, párr. 396; *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/66/10)*, párr. 399; e *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párr. 280.

³⁹⁰ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/62/10)*, párrs. 387 a 395.

c) Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia en los seis idiomas oficiales cada cinco años.

186. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de los documentos, en Ginebra y en Nueva York, por la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados, que había contribuido a que la Comisión llevara a cabo su labor sin trabas.

187. La Comisión expresó su agradecimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que prestaba asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

6. Fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

188. La Comisión reiteró que los *Anuarios* eran cruciales para entender la labor de la Comisión en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como en el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 67/92, expresó su reconocimiento a los gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al fondo.

7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

189. La Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que *exprese su satisfacción* por los notables avances logrados en los últimos años en la eliminación del retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* en los seis idiomas oficiales, y que *acoja con satisfacción* los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias, especialmente la Sección de Edición de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, por hacer efectivo el cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General en que se insta a reducir el retraso; que *aliente* a la División de Gestión de Conferencias a prestar el apoyo constante necesario para que la Sección de Edición avance con el *Anuario*; y que *solicite* que se informe periódicamente a la Comisión sobre los progresos realizados al respecto.

8. Asistencia de la División de Codificación

190. La Comisión expresó su reconocimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión y por su participación en proyectos de investigación relacionados con la labor de la Comisión. En particular, expresó su agradecimiento a la Secretaría por la preparación de dos memorandos sobre los temas "Aplicación provisional de los tratados" (A/CN.4/658) y "Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario" (A/CN.4/659). La Comisión insistió nuevamente en el especial valor que, para su labor, tenían, por su pertinencia e importancia, las publicaciones jurídicas preparadas por la División de Codificación, y reiteró su petición de que esta le siguiera facilitando esas publicaciones.

9. Sitios web

191. La Comisión expresó una vez más su reconocimiento por los resultados de la labor de la Secretaría en la gestión y actualización continuas de su sitio web sobre la Comisión de Derecho Internacional³⁹¹. Reiteró que ese y otros sitios web mantenidos por la División de

³⁹¹ En <http://www.un.org/law/ilc/>.

Codificación³⁹² constituían un recurso inestimable para la Comisión así como para el círculo más amplio de especialistas que investigaban sobre sus trabajos, con lo que se contribuía a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valorase en mayor medida. La Comisión observó con satisfacción que en el sitio web sobre la labor de la Comisión figuraba información sobre la situación actual de los temas de su programa, así como versiones preliminares editadas de las actas resumidas de la Comisión.

B. Fecha y lugar del 66º período de sesiones de la Comisión

192. La Comisión decidió que su 66º período de sesiones se celebrase en Ginebra del 5 de mayo al 6 de junio y del 7 de julio al 8 de agosto de 2014.

C. Cooperación con otros organismos

193. En la 3182ª sesión, celebrada el 18 de julio de 2013, el Magistrado Peter Tomka, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las actividades judiciales actuales de la Corte³⁹³, haciendo hincapié en los esfuerzos recientemente desplegados para fomentar la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

194. La Organización Consultiva Jurídica Asiática-Africana (AALCO) estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. Rahmat Bin Mohamad, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3176ª sesión, celebrada el 9 de julio de 2013³⁹⁴. El orador se centró en las opiniones de los Estados miembros de la AALCO, sobre la base de las declaraciones realizadas en otros foros internacionales, acerca de tres temas del programa de la Comisión, a saber: "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", "Protección de las personas en casos de desastre" y "La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario". A continuación hubo un intercambio de opiniones.

195. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa estuvieron representados en el actual período de sesiones de la Comisión por la Presidenta del CAHDI, Sra. Liesbeth Lijnzaad, y la Jefa interina de la División de Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, Sra. Christina Olsen, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3177ª sesión, celebrada el 10 de julio de 2013³⁹⁵. Las oradoras centraron sus intervenciones en las actividades actuales del CAHDI respecto de diversas cuestiones jurídicas, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

196. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por el Sr. Miguel Pichardo Olivier, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3180ª sesión, celebrada el 16 de julio de 2013³⁹⁶. El orador ofreció un panorama general de las actividades del Comité recogidas en su informe anual y de las previstas para 2013. Tras la intervención, hubo un intercambio de opiniones.

³⁹² Puede consultarse en: <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

³⁹³ La declaración se recoge en el acta resumida de esa sesión.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*

197. La Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Presidente, Sr. Adelandus Kilangi, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3189ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2013³⁹⁷. El orador ofreció una visión general de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

198. El 16 de julio de 2013 tuvo lugar un intercambio de opiniones informal entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. Se hicieron presentaciones sobre las actividades de la División Jurídica del CICR y el Tratado sobre el Comercio de Armas y su objetivo humanitario, así como sobre temas del programa de trabajo de la Comisión, incluido el de "La formación y la documentación del derecho internacional consuetudinario"³⁹⁸.

D. Representación en el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General

199. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Bernd H. Niehaus, la representase en el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General.

200. Habida cuenta de que el debate en la Sexta Comisión del tema "Las reservas a los tratados" se había pospuesto al sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, la Comisión reiteró el deseo expresado en el período de sesiones anterior (2012) de que la Sexta Comisión invitase al ex Relator Especial del tema, Sr. Alain Pellet, a asistir a las deliberaciones que se celebren en la Sexta Comisión sobre el capítulo relacionado con ese tema del informe de la Comisión correspondiente a 2011³⁹⁹.

E. Conferencia en memoria de Gilberto Amado

201. El 17 de julio de 2013, los miembros de la Comisión, los participantes en el Seminario de Derecho Internacional y otros expertos en derecho internacional asistieron a la Conferencia en memoria de Gilberto Amado que pronunció el Profesor Paulo Borba Casella, de la Universidad de São Paulo, titulada "Tendencias contemporáneas en relación con la *opinio juris* y documentación sustancial del derecho internacional consuetudinario". A continuación hubo un intercambio de opiniones.

F. Seminario de Derecho Internacional

202. De conformidad con la resolución 67/92 de la Asamblea General, el 49º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones, del 8 al 26 de julio de 2013, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a estudiantes de cursos avanzados que se especializan en derecho internacional y a jóvenes del mundo académico, diplomático o funcional.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ El Sr. Laurent Colassis, Jefe Adjunto de la División Jurídica del CICR, presentó un panorama general de la labor llevada a cabo por la División Jurídica del CICR, y la Sra. Nathalie Weizmann, Asesora Jurídica de la Unidad de Armas del CICR, hizo una presentación del Tratado sobre el Comercio de Armas y su objetivo humanitario. El Sr. S. D. Murphy hizo una exposición general de los temas del programa de trabajo de la Comisión, y el Sr. M. Wood hizo una presentación sobre el tema "La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario".

³⁹⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/66/10)*, cap. IV, y Add.1.

203. Asistieron al período de sesiones 21 participantes de diferentes nacionalidades procedentes de todas las regiones del mundo⁴⁰⁰. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

204. Declaró abierto el Seminario el Presidente de la Comisión, Sr. Bernd Niehaus. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario. La coordinación sustantiva del Seminario estuvo a cargo de la Universidad de Ginebra. Desempeñó las funciones de coordinador el Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional de la Universidad de Ginebra, con la ayuda del Sr. Martin Denis, Asistente Jurídico.

205. Los miembros de la Comisión que figuran a continuación pronunciaron las conferencias siguientes: Sr. Ernest Petrič: "La labor de la Comisión de Derecho Internacional"; Sr. Georg Nolte: "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados"; Sra. Concepción Escobar Hernández: "La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado"; Sr. Dire Tladi: "La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la interpretación de los tratados: el recurso a la práctica ulterior y los acuerdos ulteriores para solucionar las controversias relativas al uso sostenible de la biodiversidad marina"; Sr. Michael Wood: "La formación y la documentación del derecho internacional consuetudinario"; Sr. Sean D. Murphy: "La selección de temas nuevos para la Comisión de Derecho Internacional: forma y fondo"; Sr. Mathias Forteau: "El trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones"; y Sr. Shinya Murase: "La elaboración de legislación internacional para la protección del medio ambiente a escala mundial".

206. La Sra. Iris Müller, Asesora Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja, también pronunció una conferencia sobre el tema: "El derecho internacional humanitario consuetudinario".

207. Los participantes en el Seminario asistieron a una reunión especial extramuros de intercambio de ideas organizada por la Universidad de Ginebra sobre el tema: "La protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados". En la reunión, la Sra. Marie Jacobsson, miembro de la Comisión y Relatora Especial, presentó el tema. A continuación se dio paso a las presentaciones y los comentarios de los Profesores Marco Sassoli, Robert Kolb y Makane Mbengue, de la Universidad de Ginebra; la Dra. Mara Tignino, Investigadora Superior de la Universidad de Ginebra; la Sra. Marie-Louise Tougas, del CICR; la Sra. Karen Hulme, Profesora titular de la Universidad de Essex; la Sra. Britta Sjostedt, Investigadora de la Universidad de Lund, y el Sr. David Jensen, Jefe del programa del PNUMA de cooperación medioambiental para la consolidación de la paz.

⁴⁰⁰ Las siguientes personas participaron en el Seminario: Sr. Hatem Alabd (Egipto), Sra. Makiko Asami (Japón), Sr. Jonas Attenhofer (Suiza), Sra. Danai Azaria (Grecia), Sr. Eduardo Cagnoni (Argentina), Sr. Jorge Luis Cepero Aguilar (Cuba), Sr. Rasmané Congo (Burkina Faso), Sra. Fiona Devlin (Irlanda), Sra. Athikarn Dilogwathana (Tailandia), Sra. Alicia Gauto Vázquez (Paraguay), Sra. Hyun Jung Kim (Corea del Sur), Sra. Pamela López-Ruiz Montes (Perú), Sr. Brian McGarry (Estados Unidos de América), Sra. Ha Thi Ngoc Nguyen (Viet Nam), Sra. Siham Sebbar (Marruecos), Sr. Edgardo Sobenes Obregon (Nicaragua), Sra. Sarala Subramaniam (Singapur), Sr. Alexey Nikolayevich Trofimenkov (Federación de Rusia), Sr. Zoilo Velasco (Filipinas), Sr. Mawuse Vormawor (Ghana) y Sra. Olga Voronovich (Belarús). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Marco Sassoli, Profesor y Director del Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad de Ginebra, se reunió el 22 de abril de 2013 en el Palacio de las Naciones y seleccionó a 24 candidatos de entre 86 solicitudes de participación. En el último momento, 3 de los candidatos seleccionados no pudieron asistir al Seminario.

208. Los participantes en el Seminario también asistieron a la conferencia en memoria de Gilberto Amado, celebrada el 17 de julio de 2013, al término de la cual hubo una recepción ofrecida por el Brasil.

209. Los participantes en el Seminario tuvieron la oportunidad de familiarizarse con la labor de otras organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Se organizó una visita a la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y el Sr. Alexander Beck, Asesor Jurídico Superior de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hizo una presentación.

210. En el Seminario se organizaron tres grupos de trabajo sobre "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados", "La protección de las personas en casos de desastre" y "La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado". Cada uno de los participantes en el Seminario fue asignado a uno de los grupos. Tres miembros de la Comisión, la Sra. Concepción Escobar Hernández, el Sr. Georg Nolte y el Sr. Eduardo Valencia Ospina, supervisaron y ofrecieron orientación especializada a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones al Seminario en una sesión especial. Los informes fueron compilados y se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

211. La República y Cantón de Ginebra ofreció a los participantes una visita guiada del Ayuntamiento y la Sala Alabama.

212. El Sr. Bernd Niehaus, Presidente de la Comisión, el Sr. Markus Schmidt, Director del Seminario, y la Sra. Pamela López-Ruiz Montes (Perú), en nombre de los participantes en él, hicieron uso de la palabra ante la Comisión y los participantes en la ceremonia de clausura del Seminario. Todos los participantes recibieron un certificado de asistencia al 49º período de sesiones del Seminario.

213. La Comisión tomó nota con especial reconocimiento de que, desde 2010, los Gobiernos de la Argentina, Austria, China, Finlandia, la India, Irlanda, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. La situación financiera del Fondo permitía conceder un número suficiente de becas a candidatos de mérito, especialmente procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. Este año se concedieron becas de viaje y dietas a 15 candidatos.

214. Desde 1965, han asistido al Seminario 1.115 participantes de 170 nacionalidades. De ellos, 684 han recibido becas.

215. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda a la Asamblea General que haga un nuevo llamamiento a los Estados para que aporten contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2014 cuente con la más amplia participación posible, teniendo en cuenta en particular que se trata de su 50º aniversario.

G. Conmemoración del 50º aniversario del Seminario de Derecho Internacional

216. La Comisión expresó su satisfacción por la celebración en 2014 del 50º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional y reconoció la valiosa contribución del Seminario al permitir que sucesivas generaciones de jóvenes juristas internacionales sigan los debates y entiendan mejor el funcionamiento de la Comisión.

217. Se decidió que la Comisión, en colaboración con la Oficina de Enlace Jurídico de las Naciones Unidas en Ginebra, organizara un acto apropiado para conmemorar el 50º aniversario del Seminario, a ser posible invitando a sus antiguos participantes, incluidos los que más tarde se convirtieron en miembros de la Comisión y de la Corte Internacional de Justicia.

218. Esta conmemoración podría coincidir con la visita a la Comisión del Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

Anexos

- Anexo A. Informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar
(*aut dedere aut judicare*)
- Anexo B. Crímenes de lesa humanidad

Anexo A

Informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)

1. Introducción

1. *Objeto.* El presente informe tiene por objeto resumir y poner de relieve determinados aspectos de la labor de la Comisión sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)", a fin de ayudar a los Estados y facilitar el debate sobre el tema en la Sexta Comisión.

2. *Obligación de luchar contra la impunidad de conformidad con el estado de derecho.* Los Estados han expresado el deseo de cooperar entre sí, y con los tribunales internacionales competentes, en la lucha contra la impunidad por delitos, en particular los de trascendencia internacional¹, de conformidad con el estado de derecho². En la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, los Jefes de Estado y de Gobierno y jefes de delegación que asistieron a la reunión de 24 de septiembre de 2012 se comprometieron "a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional [...]"³. En numerosas convenciones la obligación de cooperar en la lucha contra tal impunidad se hace efectiva, en particular, por medio de la obligación de extraditar o juzgar⁴. La opinión de que la obligación de extraditar o juzgar desempeña un

¹ Véase, por ejemplo, la resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971 titulada "Cuestión del castigo de los crímenes de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad"; la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, sobre los "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad"; y el principio 18 de la resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989, titulada "Eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias".

² Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012.

³ *Ibid.*, párr. 22.

⁴ Véase *infra*, parte 3. En la causa *Questions relating to the Obligations to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, la Corte Internacional de Justicia dice: "[...] La extradición y el enjuiciamiento constituyen en efecto medios alternativos para luchar contra la impunidad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 [de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984] [...]" (*Judgment*, 20 de julio de 2012, párr. 50). La Corte añade: "[...] En razón de los valores que comparten, los Estados partes en ese instrumento tienen un interés común en garantizar la prevención de los actos de tortura y, si se comenten tales actos, en velar por que sus autores no gocen de impunidad" (*ibid.*, párr. 68). La Corte reitera que el objeto y fin de la Convención es "hacer más eficaz la lucha contra la tortura al evitar la impunidad de los autores de tales actos" (*ibid.*, párr. 74, y véase también párr. 75).

En su cuarto informe, el Relator Especial Zdzislaw Galicki trató por extenso la cuestión de la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad. Mencionó los siguientes ejemplos de instrumentos internacionales que sirven de fundamento jurídico a la obligación de cooperar. El Artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de

papel decisivo en la lucha contra la impunidad es ampliamente compartida por los Estados⁵; esa obligación se aplica respecto de una gran variedad de delitos de grave trascendencia para la comunidad internacional y se ha incluido en todas las convenciones sectoriales contra el terrorismo internacional celebradas desde 1970.

3. El papel que la obligación de extraditar o juzgar desempeña en el apoyo a la cooperación internacional para luchar contra la impunidad se reconoce por lo menos desde la época de Hugo Grotius, quien enunció el principio *aut dedere aut punire* (extraditar o castigar): "El Estado que haya recibido una solicitud a estos efectos castigará al culpable como merece o lo pondrá a disposición de la parte que haya hecho la solicitud"⁶. En la terminología moderna se sustituye "castigo" por "enjuiciamiento" como alternativa a la extradición a fin de reflejar mejor la posibilidad de que el presunto autor de la infracción pueda ser declarado no culpable.

4. *La importancia de la obligación de extraditar o juzgar en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional.* Puede considerarse que el tema estaba englobado dentro del de la "Jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional", que figuraba en la lista provisional de 14 temas seleccionados en el primer período de sesiones de la Comisión en 1949⁷. También se aborda en los artículos 8 (Establecimiento de jurisdicción) y 9 (Obligación de conceder la extradición o de juzgar) del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996. El artículo 9 del proyecto de código establece la obligación de extraditar o juzgar por el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra⁸. Se afirma que el principio *aut dedere aut judicare* se deriva de "varios convenios multilaterales"⁹ que enuncian esa obligación. El análisis de los antecedentes del proyecto de código deja entrever que la razón del proyecto de artículo 9 es la necesidad de un sistema eficaz de tipificación y persecución de los llamados crímenes más graves, en vez de la práctica de los Estados y la *opinio juris* propiamente dichas¹⁰. El artículo se justifica en vista de la especial gravedad de los crímenes de que se trata y por el deseo de luchar contra la impunidad de

Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, y la directriz XII de las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para erradicar la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos, aprobadas por el Comité de Ministros el 30 de marzo de 2011, A/CN.4/648, párrs. 26 a 33.

⁵ Por ejemplo, Bélgica (A/CN.4/612, párr. 33); Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (A/C.6/66/SR.26, párr. 10); Suiza (*ibid.*, párr. 18); El Salvador (*ibid.*, párr. 24); Italia (*ibid.*, párr. 42); el Perú (*ibid.*, párr. 64); Belarús (A/C.6/66/SR.27, párr. 41); la Federación de Rusia (*ibid.*, párr. 64); y la India (*ibid.*, párr. 81).

⁶ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, libro II, cap. XXI, secc. IV (traducción inglesa por Francis W. Kelsey, Oxford/Londres, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925, págs. 527 a 529, en especial pág. 527).

⁷ Naciones Unidas, *"La Comisión de Derecho Internacional y su Obra"*, séptima edición (Nueva York, Naciones Unidas, 2009), vol. I, pág. 45.

⁸ "Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 [genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado] o 20 [crímenes de guerra] concederá la extradición de esa persona o la juzgará". Véase también el comentario de la Comisión sobre este artículo (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, cap. II).

⁹ Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y sus comentarios, art. 8, párr. 3) (*ibid.*).

¹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/49/10)*, pág. 135, párr. 142.

quienes cometan tales crímenes¹¹. Aunque el proyecto de código se centra en los crímenes más graves¹², el ámbito de aplicación material de la obligación de extraditar o juzgar abarca la mayoría de los delitos de trascendencia internacional, como se ha dicho en el párrafo 2 *supra*.

5. *Empleo de la expresión latina "aut dedere aut judicare"*. No hace mucho algunos miembros de la Comisión, incluido el Relator Especial Zdzislaw Galicki, pusieron en tela de juicio el uso de la fórmula latina "*aut dedere aut judicare*", especialmente en lo relativo al término "*judicare*", que en su opinión no reflejaba exactamente el alcance del término inglés "*prosecute*" (procesar). Sin embargo, el Relator Especial consideró prematuro en ese momento centrarse en la definición exacta de los términos, dejando que fueran definidos en un futuro proyecto de artículo sobre "Términos empleados"¹³. El informe del Grupo de Trabajo parte del supuesto de que el hecho de que la obligatoriedad de la "extradición" tenga prioridad respecto del "enjuiciamiento" o viceversa dependerá del contexto y el régimen jurídico aplicable en situaciones concretas.

2. Resumen de los trabajos de la Comisión desde 2006

6. La Comisión incluyó el tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)" en su programa de trabajo en su 57º período de sesiones (2005) y nombró

¹¹ Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y sus comentarios, art. 8, párrs. 3), 4) y 8) y art. 9, párr. 2) (*ibid.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*).

¹² En la primera lectura, en 1991, el proyecto de código comprendía los 12 crímenes siguientes: agresión; amenaza de agresión; intervención; dominación colonial y otras formas de dominación extranjera; genocidio; violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos; crímenes de guerra excepcionalmente graves; contratación, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; tráfico ilícito de estupefacientes; y atentados deliberados y graves contra el medio ambiente. En sus períodos de sesiones de 1995 y 1996, la Comisión redujo el número de crímenes incluidos en el texto definitivo del proyecto de código a 4 crímenes: agresión; genocidio; crímenes de guerra; y crímenes contra la humanidad, remitiéndose al legado de Nuremberg como criterio para la elección de los crímenes incluidos en el proyecto de código. El motivo principal de la adopción de este planteamiento parece haber sido los comentarios desfavorables formulados por 24 gobiernos con respecto a la lista de 12 crímenes propuesta en 1991. En el último momento se añadió un quinto crimen, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, en vista de su magnitud, la gravedad del problema de los ataques a ese personal y su centralidad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (A/CN.4/448 y Add.1).

El crimen de agresión no está comprendido en la disposición del artículo 9 del proyecto de código. En opinión de la Comisión "La determinación, por el tribunal de un Estado, de la cuestión de si otro Estado ha cometido agresión sería contraria al principio fundamental del derecho internacional *par in parem imperium non habet* [...] [y] el hecho de que el tribunal de un Estado, en el ejercicio de su competencia, tuviera que considerar la comisión de un acto de agresión por otro Estado tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales y la paz y la seguridad internacionales" (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y sus comentarios, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, pág. 33, párr. 14).

¹³ A/CN.4/603, párrs. 36 y 37. En su informe preliminar, el Relator Especial examinó varias expresiones latinas relacionadas con este tema, a saber: *aut dedere aut punire*; *judicare aut dedere*; *aut dedere aut prosequi*; *aut dedere, aut judicare, aut tergiversari*; y *aut dedere aut poenam persequi* (A/CN.4/571, párrs. 5 a 8). Véase asimismo: Raphaël van Steenberghe, "The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature" *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), pág. 1089, en especial págs. 1107 y 1108, sobre las fórmulas *aut dedere aut punire*, *aut dedere aut prosequi*, y *aut dedere aut judicare*.

Relator Especial al Sr. Zdzislaw Galicki¹⁴. La Sexta Comisión de la Asamblea General hizo suya esta decisión¹⁵. Entre sus períodos de sesiones 58° (2006) y 63° (2011), la Comisión recibió y examinó cuatro informes y cuatro proyectos de artículo presentados por el Relator Especial¹⁶. En 2009 se estableció un grupo de trabajo sobre el tema, presidido por el Sr. Alain Pellet, con objeto de elaborar un marco general para el tratamiento del tema, a fin de especificar las cuestiones que habían de tratarse y de definir un orden de prioridad¹⁷. La Comisión tomó nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo y reprodujo el marco general propuesto para el examen del tema, preparado por el Grupo de Trabajo, en su informe anual del 61° período de sesiones (2009)¹⁸.

7. De conformidad con la sección a) ii) del marco general propuesto, que se refiere a "La obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor", la Secretaría preparó un *Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)"*¹⁹ (en adelante "estudio de la Secretaría (2010)"). El estudio especificaba los instrumentos multilaterales, tanto a nivel universal como regional, que contenían disposiciones que combinaban la extradición y el enjuiciamiento como posibles opciones para el castigo de los infractores.

8. En junio de 2010, el Relator Especial presentó un documento de trabajo titulado *Elementos de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)"*²⁰ en el que hacía algunas observaciones y sugerencias sobre el marco general propuesto en 2009 y se inspiraba en el estudio de la Secretaría (2010). En particular, el Relator Especial señaló las cuestiones relativas a: a) los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar; b) el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar; c) el contenido de la obligación de extraditar o juzgar; y d) las condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar.

9. En 2010, el Grupo de Trabajo, que estuvo presidido, en ausencia de su Presidente, por el Sr. Enrique J. A. Candioti, reconoció que el estudio de la Secretaría (2010) había contribuido a aclarar ciertos aspectos del marco general propuesto en 2009. Se señaló que, a fin de explicar algunas de las cuestiones acordadas en el marco general propuesto, la práctica convencional multilateral en que se había centrado el estudio de la Secretaría (2010) debía complementarse con un examen detallado de otros aspectos de la práctica de los Estados (que incluyera aspectos como la legislación nacional, la jurisprudencia y las declaraciones de representantes gubernamentales, pero que no se limitara a ellos). Además, se señaló que, en la medida en que el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad parecía servir de base a la obligación de extraditar o juzgar, era necesario evaluar sistemáticamente la práctica de los Estados a este respecto. Ello aclararía hasta qué punto ese deber influía, como norma general o en relación con delitos específicos, en los trabajos

¹⁴ En su 2865ª sesión, el 4 de agosto de 2005 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 500).

¹⁵ Resolución 60/22 de la Asamblea General, de 23 de noviembre de 2005.

¹⁶ El Relator Especial presentó el informe preliminar (A/CN.4/571) en 2006, su segundo informe (A/CN.4/585 y Corr.1) en 2007, su tercer informe (A/CN.4/603) en 2008 y su cuarto informe (A/CN.4/648) en 2011. El Relator Especial Galicki propuso los proyectos de artículo en su segundo informe (A/CN.4/585, párr. 76), el tercer informe (A/CN.4/603, párrs. 110 a 129) y, tres años después, en su cuarto informe (A/CN.4/648, párrs. 40, 70 y 71, y 95).

¹⁷ En su 2988ª sesión, el 31 de julio de 2008, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/63/10)*, párr. 315.

¹⁸ *Ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/64/10)*, párr. 204.

¹⁹ A/CN.4/630.

²⁰ A/CN.4/L.774.

de la Comisión sobre el tema, en particular la labor relacionada con el ámbito de aplicación *ratione materiae*, el contenido de la obligación de extraditar o juzgar y las condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar.

10. En el 64º período de sesiones (2012), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Kriangsak Kittichaisaree para evaluar los progresos realizados por la Comisión en la labor sobre el tema y examinar posibles opciones futuras que podría adoptar la Comisión²¹. En ese momento no se nombró Relator Especial para sustituir al Sr. Galicki, que ya no era miembro de la Comisión. El Presidente del Grupo de Trabajo presentó cuatro documentos de trabajo oficiosos en el 64º período de sesiones (2012) y otros cuatro documentos de trabajo oficiosos en el 65º período de sesiones (2013). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre esos documentos de trabajo oficiosos constituyen la base del presente informe.

3. Examen por el Grupo de Trabajo en 2012 y 2013

11. El Grupo de Trabajo examinó el estudio de la Secretaría (2010) y el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia el 20 de julio de 2012 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. el Senegal)* que le serían útiles en su labor.

12. *Tipología de las disposiciones de los instrumentos multilaterales.* En el estudio de la Secretaría (2010) figuraba la descripción y una tipología de los instrumentos pertinentes a la luz de esas disposiciones y se examinaban los trabajos preparatorios de varias convenciones clave que habían servido de modelo en este campo. Con respecto a algunas disposiciones, se examinaban también las reservas hechas. Se señalaban las diferencias y similitudes entre las disposiciones examinadas de las diferentes convenciones y su evolución y se presentaban unas conclusiones generales sobre: a) la relación entre extradición y enjuiciamiento en las disposiciones correspondientes; b) las condiciones aplicables a la extradición con arreglo a las distintas convenciones; y c) las condiciones aplicables al enjuiciamiento conforme a las distintas convenciones. El estudio clasificaba las convenciones que contenían ese tipo de disposiciones en cuatro categorías: a) el Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, de 1929, y otras convenciones que siguen el mismo modelo; b) las convenciones regionales de extradición; c) los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I, de 1947; y d) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya de 1970) y otras convenciones que siguen el mismo modelo.

13. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1929, y otras convenciones que siguen el mismo modelo²² suelen: a) tipificar el delito correspondiente, que los Estados partes se comprometen a sancionar conforme a su derecho interno; b) adoptar disposiciones sobre enjuiciamiento y extradición que tienen en cuenta las distintas opiniones de los Estados con respecto a la extradición de nacionales y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, siendo esta última potestativa más que obligatoria; c) incluir disposiciones que imponen la obligación de extraditar, mientras que la sumisión a enjuiciamiento solo procede cuando se haya denegado la extradición; d) establecer un régimen de extradición en el que los Estados se comprometen, en

²¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, párr. 206.

²² Por ejemplo: a) la Convención para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, de 1936; b) el Convenio para la prevención y represión del terrorismo, de 1937; c) el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1950; d) la Convención única sobre estupefacientes, de 1961; y e) el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, de 1971.

determinadas condiciones, a considerar que el delito da lugar a extradición; e) incluir una disposición que establezca que la posición del Estado sobre el tema general de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional no resulta afectada por su participación en la Convención; y f) incluir una cláusula de salvaguardia o "sin perjuicio" con respecto a la legislación y administración penal de cada Estado. Mientras que algunos de los instrumentos que adoptan este modelo contienen diferencias terminológicas de carácter formal, otros modifican el fondo de las obligaciones contraídas por los Estados partes.

14. Muchas convenciones y acuerdos regionales de extradición también contienen disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento²³, aunque esos instrumentos suelen hacer hincapié en la obligación de extraditar (que se regula en detalle) y solo tienen en cuenta el enjuiciamiento como alternativa para evitar la impunidad en el contexto de esa cooperación. Con arreglo a ese modelo, la extradición es un medio de garantizar la eficacia de la jurisdicción penal. Los Estados partes tienen la obligación general de extraditar a menos que la solicitud encaje en una condición o excepción, incluidos los motivos obligatorios y discrecionales de denegación. Por ejemplo, la extradición de nacionales puede estar prohibida o sujeta a determinadas salvaguardias. Las disposiciones de los acuerdos y arreglos posteriores han sido objeto de modificaciones y retoques con el tiempo, especialmente con respecto a las condiciones y excepciones²⁴.

15. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contienen la misma disposición según la cual cada una de las Altas Partes Contratantes tiene la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y debe hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Sin embargo, podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes²⁵. Por consiguiente, con arreglo a ese modelo, la obligación de búsqueda y enjuiciamiento de un presunto infractor no está subordinada a ninguna consideración jurisdiccional y esa obligación existe independientemente de cualquier solicitud de extradición de otra parte²⁶. No obstante, la extradición es una opción siempre que el Estado que juzgue haya formulado cargos suficientes. Ese mecanismo se declara aplicable al Protocolo adicional I de 1977 por remisión²⁷.

²³ Esos instrumentos comprenden: a) la Convención sobre derecho internacional privado, de 1928, en su libro IV (derecho procesal internacional), título III (de la extradición); b) la Convención sobre Extradición, de 1933; c) la Convención Interamericana sobre Extradición, de 1981; d) el Convenio Europeo de Extradición, de 1957; e) la Convención general sobre cooperación judicial (*Convention générale de coopération en matière de justice*); f) la Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre extradición, de 1994; y g) el Plan de Londres para la extradición en el Commonwealth.

²⁴ Cabe señalar también que la Asamblea General ha aprobado el Tratado modelo de extradición (resolución 45/116, anexo) y el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales (resolución 45/117).

²⁵ Artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, de los Convenios de Ginebra Primero, Segundo, Tercero y Cuarto. La razón por la cual esos Convenios de Ginebra utilizan el término "entregar" en vez de "extraditar" se explica en el estudio de la Secretaría (2010) en el párrafo 54.

Según Claus Krefß ("Reflection on the *Iudicare* Limb of the Grave Breaches Regime", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), párr. 789), lo que entraña realmente el elemento *iudicare* del régimen de infracciones graves es un deber de investigar y, cuando esté justificado, de enjuiciar y condenar.

²⁶ Véase Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV (Comité Internacional de la Cruz Roja 1958) 593.

²⁷ Artículo 85 1), 3) y artículo 88 2) del Protocolo adicional I de 1977.

16. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya de 1970) dispone en su artículo 7 que "[e]l Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento...". Esta "fórmula de La Haya" es una variante de la fórmula de los Convenios de Ginebra y ha servido de modelo a varias convenciones posteriores que tienen por objeto la represión de determinados delitos, principalmente en el campo de la lucha contra el terrorismo, pero también en muchas otras esferas (incluidas la tortura, el mercenarismo, los crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado, la delincuencia transnacional, la corrupción y las desapariciones forzadas)²⁸. No obstante, muchos de esos instrumentos posteriores han modificado la terminología original que en algunos casos afecta al fondo de las obligaciones enunciadas en la fórmula de La Haya.

²⁸ Cabe mencionar, entre otras: a) la Convención de la OEA para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan transcendencia internacional, de 1971; b) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 1971; c) la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973; d) el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 1977; e) la Convención de la OUA para la eliminación del mercenarismo en África, de 1977; f) la Convención Internacional contra la toma de rehenes, de 1979; g) la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, de 1979; h) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; i) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985; j) la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la eliminación del terrorismo, de 1987, y el Protocolo adicional a dicha Convención, de 2004; k) el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 1988; l) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 1988; m) la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988; n) la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, de 1989; o) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994; p) la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 1994, y su Protocolo Facultativo de 2005; q) la Convención Interamericana contra la corrupción, de 1996; r) la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, de 1997; s) la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de 1997; t) el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997; u) el Convenio sobre la protección del medioambiente a través del derecho penal, de 1998; v) el Convenio penal sobre la corrupción, de 1999; w) el Segundo Protocolo de la Convención de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1999; x) el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1999; y) el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000; z) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, de 2000; aa) el Convenio del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia, de 2001; bb) la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, de 2003; cc) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; dd) el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005; ee) el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 2005; ff) la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006; gg) la Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la lucha contra el terrorismo, de 2007; hh) el Protocolo Complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 2010; y ii) el Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, de 2010.

17. En su voto particular concurrente emitido en relación con el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de julio de 2012, sobre la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. el Senegal)*, el Magistrado Yusuf también se refería a la tipología de "los tratados que contienen la fórmula *aut dedere aut judicare*" y los dividía en dos categorías principales²⁹. La primera categoría comprendía las cláusulas que imponen la obligación de extraditar y en las que el enjuiciamiento llega a ser una obligación solo después de haberse denegado la extradición. Esas convenciones se configuran de tal manera que se dé prioridad a la extradición al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito. La mayoría de esas convenciones no imponen a los Estados partes ninguna obligación general de enjuiciar al presunto infractor, y ese enjuiciamiento por el Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor del delito deviene una obligación solo si se ha denegado la solicitud de extradición o si se dan algunos factores como la nacionalidad del presunto infractor. Son ejemplos de esa primera categoría el artículo 9, párrafo 22, del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, de 1929, el artículo 15 de la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción y el artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

La segunda categoría de convenciones internacionales comprende cláusulas que imponen la obligación de someter a enjuiciamiento, con la extradición como opción posible, y cláusulas que imponen la obligación de someter a enjuiciamiento, con la extradición como obligación sobrevenida si el Estado no lo hace. Pueden encontrarse cláusulas de esa categoría, por ejemplo, en las disposiciones pertinentes de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 7, párrafo 1, del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya de 1970) y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura.

18. En vista de lo que antecede, el Grupo de Trabajo considera que los Estados, al elaborar un tratado, pueden decidir por sí mismos cuál de las formas convencionales sobre la obligación de extraditar o juzgar se adapta mejor a sus objetivos en una circunstancia determinada. Dada la gran diversidad de formulación, contenido y alcance de la obligación de extraditar o juzgar en la práctica convencional, sería vano que la Comisión tratara de armonizar las diversas cláusulas de los tratados relativas a la obligación de extraditar o juzgar³⁰.

²⁹ Voto particular concurrente del Magistrado Yusuf en la causa *Belgium v. Senegal*, párrs. 19 a 22.

Véase también el estudio de la Secretaría (2010), párr. 126. Véanse asimismo las observaciones de Bélgica presentadas a la Comisión en 2009, en la que Bélgica distingue dos tipos de tratados: a) los tratados que contienen una cláusula *aut dedere aut judicare* que subordinan la obligación de juzgar a que se haya denegado la solicitud de extradición del presunto autor del delito; y b) los tratados que incluyen una cláusula *judicare vel dedere* que obligan a los Estados a ejercer la jurisdicción universal con respecto a los autores de los delitos a que se refieren los tratados, sin subordinar esa obligación a que se haya denegado una solicitud previa de extradición (A/CN.4/612, párr. 15), citados por el Relator Especial Galicki en su cuarto informe (A/CN.4/648, párr. 85 y nota 56).

³⁰ Como concluye el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630, párr. 153):

"[...] El examen de la práctica convencional en este ámbito pone de manifiesto que el grado de especificidad de las distintas convenciones al regular estas cuestiones varía considerablemente y que existen muy pocas convenciones con mecanismos idénticos para el castigo de los delincuentes (incluso respecto de la relación entre extradición y enjuiciamiento). Las variaciones en las disposiciones relativas al enjuiciamiento y la extradición parecen estar determinadas por diversos factores, como el marco geográfico, institucional y temático en que se negocia cada convención [...] y el desarrollo de ámbitos conexos del derecho internacional, como los derechos humanos y la justicia penal internacional. De ello se desprende que, si bien es posible acotar algunas tendencias generales y características comunes y las disposiciones pertinentes, las conclusiones definitivas sobre el alcance

19. El Grupo de Trabajo, si bien estima que el alcance de la obligación de extraditar o juzgar con arreglo a las convenciones pertinentes debe analizarse caso por caso, reconoce que puede haber algunas tendencias generales y características comunes en las convenciones más recientes que enuncian la obligación de extraditar o juzgar. Una de las tendencias más destacadas parece ser la "fórmula de La Haya" que sirve de "modelo para la mayoría de las convenciones contemporáneas destinadas a reprimir delitos específicos"³¹. De las convenciones elaboradas en 1970 o después de esa fecha, las tres cuartas partes aproximadamente adoptan la "fórmula de La Haya". En esas convenciones posteriores a 1970, hay una tendencia común a que el Estado de detención, sin excepciones, someta el asunto del presunto infractor a una autoridad competente si no concede la extradición. Esa obligación se complementa con disposiciones adicionales que exigen que los Estados partes: a) tipifiquen el delito correspondiente en sus ordenamientos nacionales; b) establezcan su jurisdicción respecto del delito cuando tengan un vínculo particular con él o cuando el presunto infractor se encuentre en su territorio y no lo extradite; c) adopten disposiciones para que el presunto infractor esté detenido preventivamente y se proceda a una investigación preliminar; y d) consideren que el delito da lugar a extradición³². En particular, en lo que respecta a la parte del enjuiciamiento de la obligación, las convenciones se limitan a subrayar que el asunto se someta a una autoridad competente a los efectos de enjuiciamiento. En menor medida, existe también la tendencia a que, a falta de enjuiciamiento por el Estado de detención, el presunto delincuente deba ser extraditado *absolutamente sin excepción*.

20. El Grupo de Trabajo señala que el actual régimen convencional que regula la obligación de extraditar o juzgar presenta importantes lagunas que tal vez haya que llenar. En particular, faltan convenciones internacionales que enuncien esa obligación en relación con la mayoría de los crímenes de lesa humanidad³³, los crímenes de guerra que no constituyen infracciones graves y los crímenes de guerra en un conflicto armado que no tenga carácter internacional³⁴. Por lo que respecta al genocidio, el régimen de cooperación

preciso de cada una de ellas deben extraerse caso por caso, teniendo en cuenta la formulación de la disposición, la estructura general del tratado en que figura y los trabajos preparatorios pertinentes."

³¹ *Ibid.*, párr. 91.

³² *Ibid.*, párr. 109.

³³ La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, adopta la fórmula de La Haya y menciona la "extrema gravedad" del delito, al que califica, cuando la práctica es generalizada o sistemática, de crimen de lesa humanidad. No obstante, salvo este caso, parece haber una falta de convenciones internacionales que enuncien la obligación de extraditar o juzgar en relación con los crímenes de lesa humanidad.

³⁴ El principio básico de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 es el establecimiento de la jurisdicción universal sobre las infracciones graves de los Convenios. Cada Convenio incluye un artículo que enumera los actos que constituyen infracciones graves que figura inmediatamente después de la disposición sobre extraditar o juzgar.

Por lo que respecta a los Convenios de Ginebra Primero y Segundo, este artículo es idéntico (arts. 50 y 51, respectivamente): "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente".

El artículo 130 del Tercer Convenio de Ginebra dispone: "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio".

internacional podría reforzarse para mejorar el rudimentario régimen establecido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, el artículo VI de la Convención contra el Genocidio solo obliga a las Partes Contratantes a establecer y ejercer su jurisdicción penal territorial y a cooperar con una "corte penal internacional" en determinadas circunstancias³⁵.

4. Aplicación de la obligación de extraditar o juzgar

21. *La fórmula de La Haya.* El Grupo de Trabajo considera que el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. el Senegal)* es útil para aclarar algunos aspectos correspondientes a la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar. El fallo se limita a un análisis del mecanismo para luchar contra la impunidad previsto en la Convención contra la Tortura. En particular, el fallo se centra en la relación entre los diferentes artículos sobre el establecimiento de la jurisdicción (art. 5), la obligación de proceder a una investigación preliminar (art. 6) y la obligación de juzgar o extraditar (art. 7)³⁶. Aun cuando el razonamiento de la Corte se refiere a la aplicación e implementación concretas de cuestiones relacionadas con esa Convención, dado que las disposiciones sobre enjuiciamiento o extradición pertinentes de la Convención contra la Tortura siguen el modelo de la "fórmula de La Haya", el fallo de la Corte puede ayudar también a aclarar el sentido del régimen de enjuiciamiento o extradición establecido en la Convención de La Haya de 1970 y otras convenciones que se han basado en la misma fórmula³⁷. Como la

El artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra establece: "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario".

Los cuatro Convenios y el Protocolo adicional I de 1977 no enuncian la obligación de extraditar o juzgar salvo en caso de infracciones graves. Ningún otro instrumento internacional sobre los crímenes de guerra enuncia tampoco esta obligación.

³⁵ *I.C.J. Reports 2007*, párrs. 442 y 449. El artículo VI dice así: "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos numerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". En el párrafo 442 de su fallo, la Corte no excluye otras bases cuando observa: "El artículo VI solo obliga a los Estados contratantes a instituir y ejercer la jurisdicción penal territorial; aunque ciertamente no prohíbe a los Estados que confieran a sus tribunales penales, en materia de genocidio, una jurisdicción basada en criterios distintos del lugar de comisión del delito compatibles con el derecho internacional, en particular la nacionalidad del acusado, no les obliga a que lo hagan".

³⁶ *Belgium v. Senegal*, párrs. 71 a 121.

³⁷ La Corte señala que el artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura se inspira en una disposición similar que figura en la Convención de La Haya de 1970 (*ibid.*, párr. 90). Como indica el Magistrado Donoghue: "Los párrafos dispositivos del presente fallo obligan solo a las Partes. Sin embargo, la interpretación por la Corte de un tratado multilateral (o del derecho internacional consuetudinario) puede tener consecuencias para otros Estados. El amplio alcance de la naturaleza de las cuestiones jurídicas que plantea esta causa queda puesto de manifiesto por el número de cuestiones planteadas

Corte ha afirmado asimismo que la prohibición de la tortura es una norma imperativa (*jus cogens*)³⁸, la fórmula de juzgar o extraditar establecida en la Convención contra la Tortura podría servir de modelo para los nuevos regímenes de enjuiciamiento o extradición que se apliquen a las prohibiciones incluidas en normas imperativas (*jus cogens*), como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra graves.

22. La Corte resolvió que los Estados partes en la Convención contra la Tortura tienen la obligación de tipificar la tortura, establecer su jurisdicción respecto del crimen de tortura a fin de dotarse del instrumento jurídico necesario para enjuiciar por ese delito y proceder inmediatamente a una investigación de los hechos desde el momento en que el sospechoso se encuentre en su territorio respectivo. La Corte declara: "Esas obligaciones, en su conjunto, pueden considerarse como elementos de un mismo mecanismo convencional que tiene por objeto evitar que los sospechosos puedan eludir las consecuencias de su responsabilidad penal, si se prueba"³⁹. La obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1, de someter "el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento", que la Corte denomina la "obligación de juzgar", nace con independencia de la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. No obstante, las autoridades nacionales son libres de decidir si procede o no iniciar la actuación penal a la luz de las pruebas a su disposición y de las normas pertinentes del procedimiento penal⁴⁰. En particular, la Corte resuelve que la extradición es una opción que ofrece la Convención al Estado, mientras que el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida en la Convención, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito⁴¹. La Corte señala también que tanto la Convención de La Haya de 1970 como la Convención contra la Tortura subrayan que "las autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado"⁴².

23. *Elementos básicos de la obligación de extraditar o juzgar que han de incluirse en la legislación nacional.* El cumplimiento efectivo de la obligación de extraditar o juzgar requiere que se tomen las medidas nacionales necesarias para tipificar los delitos correspondientes, establecer la jurisdicción sobre los delitos y la persona que se halle en el territorio del Estado, investigar o proceder a una investigación preliminar, detener al sospechoso y someter el asunto a las autoridades competentes para iniciar actuaciones penales (lo que puede dar lugar o no al inicio de dichas actuaciones) o proceder a la extradición, si otro Estado con jurisdicción y la capacidad necesaria para enjuiciar al sospechoso formula una solicitud de extradición.

24. *Establecimiento de la necesaria jurisdicción.* El establecimiento de la jurisdicción es "un paso previo lógico" a la aplicación de una obligación de extraditar o juzgar a un presunto infractor que se encuentre en el territorio de un Estado⁴³. A los efectos del presente

por Miembros de la Corte durante el procedimiento oral [...]" (Declaración del Magistrado Donoghue en *Belgium v. Senegal*), párr. 21).

³⁸ *Belgium v. Senegal*, párr. 99.

³⁹ *Ibid.*, párr. 91. Véanse asimismo los párrafos 74 y 75, 78 y 94.

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 90 y 94.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 95.

⁴² Artículo 7, párr. 2, de la Convención contra la Tortura y artículo 7 de la Convención de La Haya de 1970, *ibid.*, párr. 90.

⁴³ Informe del Grupo Técnico *ad hoc* de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de jurisdicción universal (8672/1/09/Rev.1), anexo, párr. 11. La Corte Internacional de Justicia sostiene en *Belgium v. Senegal* que el cumplimiento por los Estados partes en la Convención contra la Tortura de su obligación de establecer la jurisdicción universal de sus tribunales es una condición necesaria para poder proceder a una investigación preliminar y someter la causa a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (*Belgium v. Senegal*, Judgment, párr. 74).

tema, cuando el crimen ha sido cometido presuntamente en el extranjero sin vínculo alguno con el Estado del foro, la obligación de extraditar o juzgar reflejará necesariamente el ejercicio de la jurisdicción universal⁴⁴, que es la jurisdicción para determinar la jurisdicción territorial respecto de personas por hechos extraterritoriales⁴⁵ cuando ni las víctimas ni los presuntos infractores son nacionales del Estado del foro ni se ha causado presuntamente daño alguno a los propios intereses nacionales del Estado del foro. Ahora bien, la obligación de extraditar o juzgar también puede ser reflejo de un ejercicio de la jurisdicción en virtud de otras razones. Así, si un Estado puede ejercer la jurisdicción amparándose en otra razón, tal vez no sea necesario invocar la jurisdicción universal en el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar.

La jurisdicción universal es un elemento decisivo en el enjuiciamiento de los presuntos autores de delitos de trascendencia internacional, especialmente cuando el presunto autor no es juzgado en el territorio donde se haya cometido el delito⁴⁶. Varios instrumentos internacionales, como los muy ampliamente ratificados cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención contra la Tortura, exigen el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de los delitos a que se refieren esos instrumentos o, si no, la extradición de los presuntos delincuentes a otro Estado a efectos de su enjuiciamiento.

25. *Demora en la promulgación de la legislación necesaria.* Según dice la Corte en la causa *Bélgica c. el Senegal*, la demora en promulgar la legislación necesaria para juzgar a los sospechosos afecta negativamente a la aplicación por el Estado parte de las obligaciones de proceder a una investigación preliminar y someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento⁴⁷. La obligación del Estado va más allá de la mera promulgación de la legislación nacional necesaria. El Estado debe también ejercer efectivamente su jurisdicción respecto del sospechoso, empezando por la comprobación de los hechos⁴⁸.

26. *Obligación de investigar.* Según dice la Corte en la causa *Bélgica c. el Senegal*, la obligación de investigar consta de varios elementos:

- Por lo general, la obligación de investigar debe interpretarse a la luz del objeto y el fin del tratado aplicable, que es hacer más eficaz la lucha contra la impunidad⁴⁹.

⁴⁴ Según un autor, "[e]l principio *aut dedere aut judicare* coincide parcialmente con el de la jurisdicción universal cuando un Estado no tiene con el presunto crimen o sospechoso otro nexo que la mera presencia de la persona en su territorio" (Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law* (Intersentia 2005), pág. 122).

⁴⁵ Causa *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J. Reports 2002, pág. 3, voto particular conjunto de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 42.

⁴⁶ Conviene señalar que la "Obligación de conceder la extradición o de juzgar" del artículo 9 del proyecto de código de 1996 está estrechamente relacionada con el "Establecimiento de jurisdicción" a que se refiere el artículo 8 de dicho proyecto, que exige que cada Estado parte en él adopte las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra, sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores. El comentario de la Comisión sobre el artículo 8 deja bien sentado que se piensa en la jurisdicción universal (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/51/10)*, párr. 7).

⁴⁷ *Belgium v. Senegal*, párrs. 76 y 77.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 84.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 86.

- La obligación tiene por objeto corroborar las sospechas que pesan sobre la persona de que se trata⁵⁰. El punto de partida es la comprobación de los hechos pertinentes, que constituye una fase esencial en el proceso de la lucha contra la impunidad⁵¹.
- Las autoridades, en cuanto tengan motivos para sospechar que una persona que se encuentra en su territorio puede ser responsable de actos sujetos a la obligación de extraditar o juzgar, deben investigar. La investigación preliminar debe iniciarse inmediatamente. Este punto se alcanza, a más tardar, cuando se presenta la primera denuncia contra esa persona⁵², en cuyo momento la comprobación de los hechos se hace imperativa⁵³.
- Sin embargo, el mero interrogatorio del sospechoso con objeto de comprobar su identidad e informarle de las acusaciones que se le imputan no puede considerarse cumplimiento de la obligación de proceder a una investigación preliminar⁵⁴.
- La investigación tiene que ser practicada por las autoridades que tienen encomendada la instrucción del sumario y la reunión de los hechos y elementos de prueba (por ejemplo, documentos y testimonios relativos a los hechos en cuestión y a la posible participación del sospechoso). Esas autoridades son las del Estado en que se cometió el presunto delito o las de cualquier otro Estado en que se hayan presentado denuncias en relación con el asunto. A fin de cumplir su obligación de proceder a una investigación preliminar, el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso debe solicitar la cooperación de las autoridades de los Estados antes mencionados⁵⁵.
- Una investigación practicada con arreglo a la jurisdicción universal debe ser llevada a cabo con las mismas exigencias en materia de prueba que cuando el Estado tiene jurisdicción en virtud de un vínculo con el asunto en cuestión⁵⁶.

27. *Obligación de juzgar.* Según dice la Corte en la causa *Bélgica c. el Senegal*, la obligación de juzgar se compone de ciertos elementos:

- La obligación de juzgar es realmente una obligación de someter el asunto a las autoridades competentes para iniciar actuaciones penales; no implica una obligación de iniciar esas actuaciones. En efecto, a la luz de los elementos de prueba, el cumplimiento de la obligación puede tener o no como resultado el inicio de actuaciones⁵⁷. Las autoridades competentes deciden iniciar o no las actuaciones en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier presunto delito de carácter grave de acuerdo con la legislación del Estado interesado⁵⁸.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 83.

⁵¹ *Ibid.*, párrs. 85 y 86.

⁵² *Ibid.*, párr. 88.

⁵³ *Ibid.*, párr. 86.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 85.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 83.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 84.

⁵⁷ Véase también *Chili Komitee Nederland v. Pinochet*, Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 4 de enero de 1995, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997), págs. 363 a 365, en el que el Tribunal de Apelación resolvió que el Fiscal neerlandés no se equivocó al negarse a encausar al expresidente chileno Pinochet durante su visita a Ámsterdam porque Pinochet podía tener derecho a la inmunidad de jurisdicción penal y los necesarios elementos de prueba en los que fundar su persecución penal estarían en Chile, con el que los Países Bajos no tenían acuerdos de cooperación en materia procesal penal. Véase Kimberley n. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism*, Oxford University Press 2011, párr. 88, nota 132.

⁵⁸ *Belgium v. Senegal*, párrs. 90 y 94.

- Las actuaciones relacionadas con el cumplimiento de la obligación de juzgar deben emprenderse sin dilación, lo antes posible, en particular una vez se haya presentado la primera denuncia contra el sospechoso⁵⁹.
- El enjuiciamiento debe realizarse cuando proceda, de modo que no se dé lugar a la injusticia; de ahí que las medidas necesarias deban tomarse dentro de un plazo razonable⁶⁰.

28. *Obligación de extraditar.* Con respecto a la obligación de extraditar:

- La extradición solo puede concederse a un Estado que tenga jurisdicción, por cualquier título, para procesar y juzgar al presunto infractor en cumplimiento de una obligación jurídica internacional que vincule al Estado en cuyo territorio se encuentre esa persona⁶¹.
- El cumplimiento de la obligación de extraditar no puede ser sustituida por la expulsión, la entrega extraordinaria u otros métodos informales de envío de un sospechoso a otro Estado⁶². Las solicitudes formales de extradición implican importantes protecciones de los derechos humanos que pueden faltar en los métodos informales de envío del sospechoso a otro Estado, como las entregas extraordinarias. Con arreglo a las leyes de extradición de la mayoría de los Estados, si no todos, los requisitos necesarios que han de cumplirse incluyen los principios de doble incriminación, *ne bis in idem*, *nullem crimen sine lege*, especialidad y no extradición del sospechoso para ser juzgado por motivos de origen étnico, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

29. *Conformidad con el objeto y el fin.* Las medidas que va a adoptar un Estado deben interpretarse a la luz del objeto y el fin del instrumento internacional pertinente u otras fuentes de la obligación internacional vinculante para ese Estado, lo que hace más eficaz la lucha contra la impunidad⁶³. Vale la pena recordar también que, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que refleja el derecho internacional consuetudinario, un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁶⁴. Además, las medidas adoptadas deben ser conformes al estado de derecho.

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 115 y 117.

⁶⁰ *Ibid.*, párrs. 114 y 115. Véanse el voto particular del Magistrado Cañado Trindade en esa causa, en especial párrs. 148 y 151 a 153; el voto particular disconforme del Magistrado *ad hoc* Sur en la misma causa, en especial párr. 50; y el voto particular disconforme del Magistrado Xue, en especial párr. 28.

⁶¹ *Belgium v. Senegal*, párr. 120.

⁶² Véase el proyecto de artículo 13 del Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado por la Comisión en primera lectura en 2012, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10)*, cap. IV y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano v. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, demanda N° 9990/82, párrs. 52 a 60, causa en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que la extradición, disfrazada de expulsión para eludir los requisitos de la extradición, es ilegal e incompatible con el derecho a la seguridad de la persona garantizado de conformidad con el artículo 5 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

⁶³ Véase el razonamiento en la causa *Belgium v. Senegal*, párrs. 85 y 86. Por consiguiente, la Corte resuelve que las dificultades financieras no pueden justificar que el Senegal no haya cumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención contra la Tortura (*ibid.*, párr. 112). Asimismo, la solicitud de consejo a la Unión Africana no puede justificar el retraso del Senegal en cumplir su obligación de conformidad con la Convención (*ibid.*).

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 113.

30. En el caso de delitos graves de trascendencia internacional, el fin de la obligación de extraditar o juzgar es impedir que los presuntos autores eviten el castigo asegurándose de que no puedan encontrar refugio en ningún Estado⁶⁵.

31. *Ámbito de aplicación temporal de la obligación.* La obligación de extraditar o juzgar conforme a un tratado solo se aplica a los hechos que hayan tenido lugar después de su entrada en vigor respecto del Estado interesado⁶⁶. Una vez que un Estado es parte en un tratado que establezca la obligación de extraditar o juzgar, tendrá derecho, desde la fecha en que se haya convertido en parte en el tratado, a pedir a otro Estado parte que cumpla con la obligación de extraditar o juzgar⁶⁷. Así pues, la obligación de tipificar los actos prohibidos por un tratado que recoge la obligación de extraditar o juzgar y de establecer la jurisdicción necesaria sobre ellos deberá llevarse a efecto tan pronto como el Estado se obligue por ese tratado⁶⁸. Sin embargo, nada impide al Estado investigar o iniciar actuaciones penales en relación con actos cometidos antes de la entrada en vigor del tratado para ese Estado⁶⁹.

32. *Consecuencias del incumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar.* En la causa *Bélgica c. el Senegal*, la Corte falló que el incumplimiento de una obligación internacional enunciada en la Convención contra la Tortura es un hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado⁷⁰. En tanto que no se hayan adoptado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la obligación, el Estado estará incumpliendo esa obligación⁷¹. Los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establecen que la comisión de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado produce consecuencias jurídicas, en particular la cesación y no repetición del hecho (art. 30), la reparación (arts. 31 y 34 a 39) y las contramedidas (arts. 49 a 54).

33. *Relación entre la obligación y la "triple opción".* Tras la creación de la Corte Penal Internacional y los diversos tribunales penales internacionales *ad hoc*, existe ahora la posibilidad de que un Estado, ante la obligación de extraditar o juzgar a una persona acusada, pueda recurrir a una tercera opción: la de entregar al sospechoso a un tribunal penal internacional competente⁷². Esta tercera opción se establece en el artículo 11, párrafo 1, de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006⁷³.

⁶⁵ *Belgium v. Senegal*, párr. 120. Como señaló también el Magistrado Caçado Trindade:

"[...] El comportamiento del Estado debe ser conducente a la conformidad con las obligaciones de resultado (en el presente caso, la prohibición de la tortura). El Estado no puede alegar que, a pesar de su correcto comportamiento, insuficiencias o dificultades de derecho interno hacen imposible el pleno cumplimiento de su obligación (declarar ilegal la tortura y juzgar a los autores materiales de esos actos); y la Corte no puede dar por concluida una causa en vista del supuesto 'correcto comportamiento' del Estado interesado". (Voto particular concurrente del Magistrado Caçado Trindade en la causa *Belgium v. Senegal*, párr. 50, y véase también su razonamiento completo en párrs. 43 a 51).

⁶⁶ *Belgium v. Senegal*, párrs. 100 a 102, que cita el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la cual refleja el derecho internacional consuetudinario.

⁶⁷ *Ibid.*, párrs. 103 a 105.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 75.

⁶⁹ *Ibid.*, párrs. 102 y 105.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 95.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 117.

⁷² El artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, establece que la obligación de extraditar o juzgar en virtud de ese artículo se entiende "[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional".

⁷³ "El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro

34. En su voto particular disidente emitido en la causa *Bélgica c. el Senegal*, el Magistrado Xue opina que si el Senegal hubiese entregado al presunto infractor a un tribunal internacional constituido por la Unión Africana para juzgarlo, no hubiera incumplido su obligación de enjuiciarlo de conformidad con el artículo 7 de la Convención contra la Tortura, porque ese tribunal se habría creado para dar cumplimiento al fin de la Convención, lo cual no está prohibido por la propia Convención ni por la práctica de los Estados⁷⁴. Evidentemente, en el supuesto de que "una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"⁷⁵ de forma que la entrega de un presunto infractor a un tribunal penal internacional no esté permitida, tal entrega no eximiría a los Estados partes en el tratado de su obligación de extraditar o juzgar a la persona conforme a sus ordenamientos jurídicos internos respectivos.

35. Se sugiere que, en vista de la creciente importancia de los tribunales penales internacionales, las nuevas disposiciones convencionales sobre la obligación de extraditar o juzgar incluyan esa triple opción, como deberían hacer también las legislaciones nacionales.

36. *Observación adicional.* Un Estado podría desear también cumplir ambas partes de la obligación de extraditar o juzgar, por ejemplo, procesando, sometiendo a juicio e imponiendo una pena al autor de la infracción y, después, extraditándolo o entregándolo a otro Estado a los efectos de ejecución del fallo⁷⁶.

Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal."

⁷⁴ Voto particular disconforme del Magistrado Xue, en especial párr. 42 (que discrepa sobre otros aspectos).

⁷⁵ Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

⁷⁶ Esta posibilidad fue planteada por el Relator Especial Galicki en su informe preliminar (A/CN.4/571), párrs. 49 y 50.

Anexo B

Crímenes de lesa humanidad

(Sr. Sean D. Murphy)

A. Introducción

1. En derecho internacional han surgido tres crímenes principales: los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad¹. Si bien esos tres crímenes han entrado en el ámbito de competencia de los principales tribunales penales internacionales establecidos hasta la fecha, solo dos de ellos están contemplados en un tratado internacional que obliga a los Estados a prevenir y castigar esos actos y a cooperar entre sí con ese fin. Los crímenes de guerra se califican de "infracciones graves" en disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949² y del Protocolo I³. El genocidio se recoge en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁴ de 1948. Sin embargo, no existe ningún tratado comparable sobre los crímenes de lesa humanidad, a pesar de que sigan siendo un elemento atroz de numerosos conflictos y crisis en todo el mundo.

2. Por ejemplo, el asesinato en masa de civiles perpetrado en un conflicto armado internacional estaría comprendido en el régimen de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, pero no lo estaría la misma conducta en el marco de un conflicto armado interno (ni una actuación interna en una situación que no llegue a ser conflicto armado). El asesinato en masa podría cumplir los requisitos especiales de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero con frecuencia no lo hará, como en el caso de los jemeres rojos en Camboya. En consecuencia, cuando tienen lugar asesinatos en masa u otras atrocidades, a menudo no existirá ningún tratado sobre cooperación entre Estados aplicable⁵.

¹ Se prevé que un cuarto crimen fundamental entre en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional —el crimen de agresión. Además tratados importantes abordan crímenes específicos (como la tortura, el *apartheid* o las desapariciones forzadas) que, si son cometidos de forma generalizada o sistemática, pueden constituir crímenes de lesa humanidad.

² Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 1949, *United States Treaties and Other International Agreements* (U.S.T.), vol. 6, pág. 3114, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, N° 970, pág. 31; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 1949, U.S.T., vol. 6, pág. 3217, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, N° 971, pág. 85; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949, U.S.T., vol. 6, pág. 3316, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, N° 972, pág. 135; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, U.S.T., vol. 6, pág. 3526, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, N° 973, pág. 287.

³ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, N° 17512, pág. 3.

⁴ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, N° 1021, pág. 277.

⁵ Los tratados existentes a veces contemplan aspectos limitados de las atrocidades cometidas. Véase, por ejemplo, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment*, 20 de julio de 2012, párrs. 53 a 55, en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (en el que, a pesar de presuntos crímenes de lesa humanidad, la cooperación entre Estados se centró únicamente en el comportamiento que entraba dentro del ámbito de aplicación de la Convención contra la Tortura).

3. Así pues, en el marco actual del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de derechos humanos, parece faltar un elemento esencial: un convenio global sobre crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, el objetivo de la Comisión de Derecho Internacional a este respecto consistiría en redactar un proyecto de artículos que se convertiría en una Convención para la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad (Convención sobre los crímenes de lesa humanidad).

B. Génesis de la noción de crimen de lesa humanidad

4. La "Cláusula Martens" de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 se refería a las "las leyes de la humanidad y [...] las exigencias de la conciencia pública" en la elaboración de normas de protección de las personas en tiempo de guerra⁶. Posteriormente se siguió reflexionando sobre la prohibición de los "crímenes de lesa humanidad", que consistiría esencialmente en la prohibición de que un gobierno cometa atrocidades contra su propia población, y sin limitarse a los tiempos de guerra. Los tribunales establecidos en Nuremberg y en Tokio tras la Segunda Guerra Mundial eran competentes para conocer de los "crímenes de lesa humanidad", entendiéndose por tales:

"el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron."⁷

5. Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Nuremberg fueron reafirmados en 1946 por la Asamblea General⁸, que también encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que "formulara" esos principios. En 1950 la Comisión estudió y sintetizó los principios de Nuremberg y definió los crímenes de lesa humanidad como

"el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él."⁹

6. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, aprobada por la Asamblea General en 1968, instaba a los Estados a tipificar en su ordenamiento jurídico interno los "crímenes de lesa humanidad" según la definición dada en el Estatuto de Nuremberg y a dejar sin efecto la prescripción de estos crímenes¹⁰. Con solo cuatro artículos sustantivos, la Convención se centra únicamente

⁶ Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907, preámbulo, Stat., vol. 36, pág. 2277, Consol. T.S., vol. 187, pág. 227.

⁷ Acuerdo para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del eje europeo, Anexo del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de 1945, art. 6, párr. c), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, N° 251, pág. 280; Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, 19 de enero de 1946, art. 5, párr. c), modificado el 26 de abril de 1946, *Bevans*, vol. 4, pág. 20. Ahora bien, nadie fue declarado culpable de este crimen por el Tribunal de Tokio.

⁸ Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, resolución 95(I) de la Asamblea General, A/64/Add.1, en especial pág. 188.

⁹ *Yearbook...*, 1950, vol. II., pág. 374.

¹⁰ Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General, anexo, A/7218 (1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 754, N° 10823, pág. 73.

en la cuestión de la prescripción; si bien insta a las Partes a adoptar medidas "con el fin de hacer posible" la extradición de los autores de esos crímenes, la Convención no obliga explícitamente a las Partes a ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad. Actualmente, a la Convención se han adherido 54 Estados.

7. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de 1993, se establecía que el Tribunal tenía competencia¹¹ para juzgar "crímenes de lesa humanidad", al igual que en el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, de 1994¹². En 1996, la Comisión definió los "crímenes de lesa humanidad" en el marco de su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹³, formulación que sería determinante para la incorporación del delito en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, por el que se estableció la Corte Penal Internacional (CPI)¹⁴. Entre otras cosas, el Estatuto de Roma definía el "crimen de lesa humanidad" como el que se "[comete] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"¹⁵.

C. Principales elementos que se han de tener en cuenta a la hora de elaborar una convención

8. Una convención sobre crímenes de lesa humanidad puede incluir varios elementos que tendrían que ser objeto de un minucioso estudio por parte de la Comisión en el curso de su labor. Los principales elementos que parecerían necesarios son los siguientes:

- Una definición del crimen de lesa humanidad a los fines de la Convención, con arreglo a la definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma;
- La obligación de que las Partes tipifiquen como delito los crímenes de lesa humanidad en su legislación nacional, no solo en el caso de actos cometidos en su territorio o por sus nacionales, sino también en el de actos cometidos en el extranjero por nacionales de otros países que luego se encuentren en su territorio;
- La obligación de una estrecha cooperación entre los Estados partes para la investigación, el enjuiciamiento y el castigo del delito, entre otras cosas mediante la asistencia jurídica mutua, la extradición y el reconocimiento de las pruebas; y
- La imposición de la obligación de extraditar o juzgar cuando un presunto culpable se encuentre en el territorio de una de las partes.

Muchas convenciones sobre otros delitos se han concentrado únicamente en esos elementos fundamentales, por lo que la Comisión tal vez considere que una convención concisa sea también lo más indicado en este caso¹⁶. Ahora bien, en el curso de su labor sobre el tema, la Comisión podría identificar otros elementos a tener en cuenta.

¹¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, resolución 827 del Consejo de Seguridad, anexo, art. 5 (25 de mayo de 1993).

¹² Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, resolución 955 del Consejo de Seguridad, anexo, art. 3 (8 de noviembre de 1994).

¹³ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), párr. 50, art. 18 (1950).

¹⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, N° 38544, pág. 3.

¹⁵ Art. 7.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, N° 15410, pág. 167, elaborada por la Comisión en su 24° período de sesiones, en 1972. La Convención se abrió a la firma en 1973, entró en vigor en 1977 y cuenta actualmente con 176 Estados partes.

D. Relación de la Convención con la Corte Penal Internacional

9. Cabe preguntarse qué relación guardaría una convención sobre crímenes de lesa humanidad con la Corte Penal Internacional. Es indudable que el texto del Estatuto de Roma y los instrumentos y la jurisprudencia conexos resultarían muy útiles para la redacción de la Convención. Al mismo tiempo, la aprobación de la Convención plantearía iniciativas fundamentales que no se contemplan en el Estatuto de Roma y, al mismo tiempo, respaldaría la labor de la Corte Penal Internacional.

10. En primer lugar, el Estatuto de Roma regula las relaciones entre sus Estados partes y la Corte Penal Internacional, pero no las relaciones entre las partes (ni entre las partes y los Estados que no son parte). Al mismo tiempo, en la parte IX del Estatuto de Roma, titulada "De la cooperación internacional y la asistencia judicial", se reconoce implícitamente que la cooperación entre Estados en relación con los delitos que entran en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional seguirá existiendo al margen del Estatuto de Roma. La Convención ayudaría a promover la cooperación general entre los Estados en lo que respecta a la investigación, la detención, el enjuiciamiento y el castigo de las personas que cometan crímenes de lesa humanidad, objetivo plenamente compatible con el objeto y el fin del Estatuto de Roma.

11. En segundo lugar, si bien la Corte Penal Internacional seguirá siendo una institución internacional fundamental a la hora de enjuiciar a personas de alto rango que cometan crímenes de lesa humanidad, la Corte no fue establecida para procesar a todas las personas que cometan ese tipo de delitos (ni se le asignaron los recursos necesarios para ello). Antes bien, la premisa sobre la que se basa la Corte Penal Internacional es que la jurisdicción nacional es, en primera instancia, la más indicada para el enjuiciamiento, siempre que existan leyes nacionales adecuadas (principio de complementariedad). Muchos opinan que, dado que la Corte Penal Internacional no tiene capacidad para enjuiciar a todas las personas que cometan crímenes de lesa humanidad, para prevenir y enjuiciar esos crímenes de manera efectiva es preciso que haya una cooperación activa entre las jurisdicciones nacionales, que deberán encargarse de dar cumplimiento a los instrumentos correspondientes.

12. En tercer lugar, la Convención requeriría la promulgación de legislación nacional que prohíba y castigue los crímenes de lesa humanidad, cosa que muchos Estados todavía no han hecho¹⁷. Así pues, la Convención ayudaría a todos los Estados a llenar un vacío y, de ese modo, alentarlos a adherirse al Estatuto de Roma o a ratificarlo. En el caso de los Estados que ya cuentan con legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad, es

¹⁷ Se han realizado una serie de estudios con el fin de determinar en qué países existen leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad. Véase Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011); M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011) (véase el capítulo 9, titulado "A Survey of National Legislation and Prosecutions for Crimes Against Humanity"); Comité Internacional de la Cruz Roja, Base de datos sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a nivel nacional (actualización periódica), en <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>. Según estimaciones de un estudio realizado por la International Human Rights Law Clinic de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, alrededor de la mitad de los Estados Miembros de las Naciones Unidas no han promulgado legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad, proporción que no cambia significativamente cuando se consideran únicamente los Estados que son parte en el Estatuto de Roma, a pesar de que en el preámbulo del Estatuto de Roma se recoge la obligación de aprobar legislación nacional. Véase el Estatuto de Roma, preámbulo, párr. 6 (en el que se recuerda que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"). Además, se indica en el estudio que los Estados que han aprobado legislación nacional, a menudo no han incluido en ella todos los elementos del Estatuto de Roma o no han tipificado como delito las vulneraciones cometidas en el extranjero por nacionales de otros países.

frecuente que esa legislación solo prevea el enjuiciamiento por órganos nacionales de los delitos cometidos por nacionales del Estado de que se trate o en su territorio; la Convención requeriría también que el Estado parte ampliara sus leyes para incluir a otros autores de esos delitos que se encontrasen en su territorio (extranjeros que cometieran el delito en el territorio de otro Estado parte en la Convención).

13. En cuarto lugar, en el caso de un Estado parte en el Estatuto de Roma que reciba de la Corte Penal Internacional una solicitud de entrega de una persona a la Corte y reciba también de otro Estado una solicitud de extradición de la persona de conformidad con lo dispuesto en la Convención, el Estatuto de Roma prevé en su artículo 90 un procedimiento para resolver solicitudes concurrentes. La Convención puede redactarse de modo que los Estados que sean parte en el Estatuto de Roma y en la Convención puedan seguir aplicando ese procedimiento.

E. ¿Se ajusta este nuevo tema a los criterios de selección de la Comisión?

14. La Comisión ha determinado anteriormente que para seleccionar un nuevo tema es preciso: a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y c) que sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación¹⁸.

15. En lo que respecta a los criterios b) y c), cabe decir que este tema está en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados, habida cuenta de que existe legislación nacional que se ocupa de los crímenes de lesa humanidad en aproximadamente la mitad de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y de la considerable atención que se ha venido prestando a esos crímenes en los últimos veinte años en los instrumentos constitutivos y conexos y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, como la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Comisiones Especiales para Delitos Graves de Timor-Leste y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya. Además, la redacción de la Convención parece ser técnicamente viable en este momento, dado el gran número de convenciones análogas que recogen otros tipos de crímenes. La redacción de la Convención partiría de la labor ya realizada por la Comisión en este ámbito, como sus informes y el estudio de la secretaría sobre el principio de extraditar o juzgar¹⁹, así como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión, de 1996, con el que se pretendía fomentar, entre otras cosas, la cooperación entre Estados para la tipificación, el enjuiciamiento y la extradición de las personas que cometan crímenes de lesa humanidad.

16. En lo que respecta al criterio a), los Estados han demostrado un interés considerable en promover medidas para castigar delitos internacionales graves, como lo evidencia el establecimiento de la Corte Penal Internacional, y en elaborar instrumentos universales en los que se tipifiquen delitos internacionales y se inste a los Estados a prevenirlos y castigar a sus autores. Actualmente hay considerable interés en desarrollar la capacidad nacional para luchar contra delitos internacionales graves, en especial con el fin de asegurar el buen funcionamiento del principio de complementariedad. Habida cuenta de lo anterior, tal vez los Estados estén interesados en aprobar una convención bien concebida sobre los crímenes de lesa humanidad. Además, en los últimos años, la posibilidad de elaborar un instrumento

¹⁸ *Anuario...*, 1997, vol II (segunda parte), párr. 238 (1997).

¹⁹ A/CN.4/630.

de ese tipo ha recibido el respaldo de muchos jueces y fiscales de la Corte Penal Internacional y de otros tribunales penales internacionales, así como de antiguos funcionarios de las Naciones Unidas y de administraciones estatales y de miembros de la comunidad académica²⁰.

F. Calendario indicativo

17. Si la Comisión añadiera este tema a su programa de trabajo a largo plazo en su 65º período de sesiones, podría recabar la opinión de los Estados en la Sexta Comisión en el otoño de 2013. Si las reacciones son favorables, la Comisión podría proceder, en su 66º período de sesiones, a tratar el tema según proceda, tal vez con el nombramiento de un relator especial y la presentación de un primer informe. A partir de ahí, la conclusión del proyecto dependería de muchos factores, pero dado que hay convenciones análogas y que los tribunales penales internacionales existentes han creado una fundamentación considerable, cabe pensar que la Comisión estaría en condiciones de adoptar un proyecto de artículos completo en primera lectura antes del final del actual quinquenio.

G. Background Materials

International Law Commission

Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with Commentaries, Yearbook... 1950, vol. II, p. 374.

Draft code of crimes against the peace and security of mankind, *Yearbook... 1996*, vol. II (Part Two), para. 50.

Preliminary, Second, Third, and Fourth Reports on the Obligation to Extradite or Prosecute, 2006-2008 and 2011 (A/CN.4/571, A/CN.4/585 and Corr.1, A/CN.4/603 and A/CN.4/648, respectively).

Case-law

ICC: Various cases, including *Bemba Gombo*, *Gbagbo*, and *Katanga & Ngudjolo* cases.

ICTY: Various cases, including *Blaskić*, *Milutinović*, *Kordić*, *Kunarac*, *Kupreškić*, *Martić*, *Šešelj*, *Sikirica*, *Simić*, *Stakić*, *Stanković*, *Strugar*, *Tadić*, and *Vasiljević* cases.

ICTR: Various cases, including *Akayesu*, *Bagilishema*, *Bagosora*, *Bisengimana*, *Bikindi*, *Bucyibaruta*, *Gacumbitsi*, *Kajelijeli*, *Kambanda*, *Kamuhanda*, *Karemera*, *Karera*, *Kayishema & Ruzindana*, *Mpambara*, *Muhimana*, and *Musema* cases.

SCSL: Various cases, including *Brima*, *Fofana and Kondewa*, *Sesay*, and *Taylor* cases.

East Timor Special Panels: Various cases, including the decisions available at <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/ET-special-panels-docs.htm>.

Cambodia Extrordinary Chambers: Various cases, including *Kaing Guek Eav* and *Nuon Chea et al.* cases.

Select Bibliography

K. Ambos & S. Wirth, "The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum*, vol. 13, p. 1 (2002).

²⁰ Véase L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011) (que incluye testimonios y declaraciones de apoyo).

- G. Acquaviva & F. Pocar, "Crimes against Humanity", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 855 (2012).
- E. Aronéanu, *Le Crime Contre l'Humanité* (1961).
- M. Badar, "From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity", *San Diego International Law Journal*, vol. 5, p. 73 (2004).
- Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law* (2002).
- M.C. Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice* (2010).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law*, 2nd revised edition (1999).
- M.C. Bassiouni, "'Crimes against Humanity': The Need for a Specialized Convention", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, p. 457 (1994).
- M. Bettati, "Le crime contre l'humanité" in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet eds., *Droit international pénal*, 2nd edition (2012), p. 103.
- J. Bazelaire & T. Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye* (2000).
- N. Boister & R. Cryer, *The Tokyo International Tribunal: A Reappraisal* (2008).
- H.D. Bosly & D. Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice* (2012).
- A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edition (2008), pp. 98-126.
- A. Cassese, "Crimes against Humanity" in A. Cassese et al. eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (2002), p. 375.
- A. Cassese & M. Delmas-Marty (eds.), *Jurisdictions Nationales et Crimes Internationaux* (2002).
- J. Cerone, "The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity", *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, p. 191 (2008).
- S. Chalandon & P. Nivelles, *Crimes contre l'Humanité: Barbie, Bouvier, Bousquet, Capon* (1998).
- R. Clark, "Crimes against Humanity at Nuremberg" in G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, eds., *The Nuremberg Trial and International Law* (1990), p. 177.
- R. Clark, "Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court" in R. Clark, F. Feldbrugge, & S. Pomorski, eds., *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs* (2001), p. 139.
- P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale* (2006).
- J. Dautricourt, "Crime against Humanity: European Views on its Conception and its Future", *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 170 (1949).
- M. de Guzman, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", *Human Rights Quarterly*, vol. 22, p. 335 (2000).

- M. Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité* (2009).
- P.M. Dhena, *Droit d'ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide* (2012).
- J. Doria, "Whether Crimes against Humanity Are Backdoor War Crimes" in J. Doria, H. Gasser, & M.C. Bassiouni, eds. *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honor of Professor Igo Blishchenko* (2009), p. 645.
- K. Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court* (2002).
- C. Eboe-Osuji, "Crimes against Humanity: Directing Attacks against a Civilian Population" *African Journal of Legal Studies*, vol. 2, p. 118 (2008).
- M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law* (2008).
- P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2009).
- S. Garibian, *Le crime contre l'humanité, au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne* (2010).
- J. Graven, "Les Crimes contre l'Humanité", *Recueil des Cours*, vol. 1950-I, p. 433.
- C.K. Hall et al., "Article 7, Crimes against Humanity" in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition (2008), p. 159.
- "International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences", *American Journal of International Law*, vol. 41, p. 172 (1947).
- Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité* (LGDI, Paris, 2002, XV-519 p.).
- S. Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2009).
- B. Kuschnik, "The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, p. 459 (2008).
- M. Lattimer and P. Sands (eds.), *Justice for Crimes against Humanity* (2003).
- R. Lee et al. (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001).
- D. Luban, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, p. 85 (2004).
- C. Macleod, "Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity", *European Journal of International Law*, vol. 21, p. 281 (2010).
- L. May, *Crimes against Humanity: A Normative Account* (2005).
- S. Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH* (2004).
- G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *Harvard International Law Journal*, vol. 43, p. 237 (2002).
- P. Parenti (ed.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional* (2007).

- Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la humanidad* (1986).
- D. Robinson, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference", *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 43 (1999).
- B. Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective* (2004).
- G. Richard (ed.), *L'Histoire Inhumaine: Massacres et Génocides des Origines à Nos Jours* (1992).
- L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011).
- W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), pp. 137-87.
- W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone* (2006).
- E. Schwelb, "Crimes against Humanity", *British Yearbook of International Law*, vol. 23, p. 181 (1946).
- D.L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* (2005).
- E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (2003).
- P. Sturma, "K návrhu kodexu zlocinu proti míru a bezpečnosti lidstva", *Praìvník*, vol. 128(9/10), p. 879 (1989).
- Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd edition (2008).
- R. Vernon, "What is Crime against Humanity?", *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, p. 231 (2002).
-