

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**67° período de sesiones
(4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio
a 7 de agosto de 2015)**



Naciones Unidas • Nueva York, 2015



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, 2015*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	9
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 67º período de sesiones.....	13
III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión.....	16
IV. La cláusula de la nación más favorecida	18
V. Protección de la atmósfera.....	22
VI. Identificación del derecho internacional consuetudinario.....	42
VII. Crímenes de lesa humanidad	53
VIII. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	93
IX. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	115
X. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	127
XI. Aplicación provisional de los tratados	143
XII. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	151
Anexo Informe final – Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida.....	161

Índice

Capítulo	Página
I. Introducción	9
A. Composición	9
B. Vacante imprevista	10
C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada	10
D. Comité de Redacción	10
E. Grupo de Estudio y Grupo de Trabajo	11
F. Secretaría	12
G. Programa	12
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 67° período de sesiones	13
III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	16
A. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	16
B. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	16
C. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	17
D. Aplicación provisional de los tratados	17
E. <i>Jus cogens</i>	17
IV. La cláusula de la nación más favorecida	18
A. Introducción	18
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	18
C. Reconocimiento al Grupo de Estudio y a su Presidente	20
V. Protección de la atmósfera	22
A. Introducción	22
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	22
C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión	24
1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo	24
2. Texto de los proyectos de directriz con los párrafos del preámbulo, y de los comentarios correspondientes, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 67° período de sesiones	26
Comentario general	26
Preámbulo	26
Comentario	27
Directriz 1	30
Términos empleados	30
Comentario	30

	Directriz 2	Ámbito de aplicación de las directrices	35
		Comentario	35
	Directriz 5	Cooperación internacional	37
		Comentario	37
VI.	Identificación del derecho internacional consuetudinario		42
	A.	Introducción	42
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	42
		1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe	44
		2. Resumen del debate	47
		a) Observaciones generales	47
		b) Relación entre los dos elementos constitutivos	47
		c) La inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho (<i>opinio juris</i>)	47
		d) Función de los tratados y las resoluciones	48
		e) Jurisprudencia y doctrina	48
		f) La relevancia de las organizaciones internacionales y los actores no estatales	49
		g) La costumbre particular	50
		h) Objeto persistente	50
		i) Futuro programa de trabajo	50
		3. Observaciones finales del Relator Especial	50
VII.	Crímenes de lesa humanidad		53
	A.	Introducción	53
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	53
	C.	Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones	54
		1. Texto de los proyectos de artículo	54
		2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones	56
	Artículo 1	Ámbito de aplicación	56
		Comentario	56
	Artículo 2	Obligación general	57
		Comentario	57
	Artículo 3	Definición de crímenes de lesa humanidad	61
		Comentario	63
	Artículo 4	Obligación de prevención	80
		Comentario	80

c)	Proyecto de artículo 2 f): Definición de “acto realizado a título oficial”	135
i)	“Acto realizado a título oficial” <i>versus</i> “acto realizado a título privado”	135
ii)	La naturaleza penal del acto	136
iii)	La atribución del acto al Estado	137
iv)	Soberanía y ejercicio de atribuciones del poder público	138
d)	Proyecto de artículo 6: Alcance de la inmunidad <i>ratione materiae</i>	139
e)	Plan de trabajo futuro	139
3.	Conclusiones finales de la Relatora Especial	140
XI.	Aplicación provisional de los tratados	143
A.	Introducción	143
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	143
1.	Presentación por el Relator Especial de su tercer informe	144
2.	Resumen del debate	145
a)	Observaciones generales	145
b)	Relación con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969	148
c)	Aplicación provisional de un tratado con la participación de organizaciones internacionales	148
d)	Observaciones sobre los proyectos de directriz	149
3.	Observaciones finales del Relator Especial	150
XII.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	151
A.	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación	151
1.	Inclusión de un nuevo tema en el programa de trabajo de la Comisión	151
2.	Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo	151
3.	Examen de la resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional	151
4.	Examen de los párrafos 10 a 13 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones	153
5.	Honorarios	154
6.	Documentación y publicaciones	154
7.	<i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i>	155
8.	Asistencia de la División de Codificación	155
9.	Sitios web	156
10.	Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas	156
B.	Fecha y lugar del 68° período de sesiones de la Comisión	156

C.	Homenaje al Secretario de la Comisión	156
D.	Cooperación con otros órganos.	156
E.	Representación en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General	158
F.	Seminario de Derecho Internacional.	158
Anexo	Informe final – Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida.	161

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 67º período de sesiones del 4 de mayo al 5 de junio de 2015 y la segunda parte del 6 de julio al 7 de agosto de 2015. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Shinya Murase, Primer Vicepresidente de la Comisión en su 66º 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. Juan Manuel Gómez Robledo (México)
- Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)
- Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)
- Sr. Huikang Huang (China)
- Sra. Marie G. Jacobsson (Suecia)
- Sr. Maurice Kamto (Camerún)
- Sr. Kriangsak Kittichaisaree (Tailandia)
- Sr. Roman A. Kolodkin (Federación de Rusia)¹
- 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)

¹ Véase el párrafo 3 *infra*.

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

B. Vacante imprevista

3. El 8 de mayo de 2015, la Comisión eligió al Sr. Roman Kolodkin para cubrir la vacante imprevista creada por la renuncia del Sr. Kirill Gevorgian.

C. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

4. En su 3244ª sesión, celebrada el 4 de mayo de 2015, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

<i>Presidente:</i>	Sr. Narinder Singh (India)
<i>Primer Vicepresidente:</i>	Sr. Amos S. Wako (Kenya)
<i>Segundo Vicepresidente:</i>	Sr. Pavel Šturma (República Checa)
<i>Presidente del Comité de Redacción:</i>	Sr. Mathias Forteau (Francia)
<i>Relator:</i>	Sr. Marcelo Vázquez Bermúdez (Ecuador)

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. Amos S. Wako (Presidente), Sr. L. Caflisch, Sr. P. Comissário Afonso, Sr. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sr. H. A. Hassouna, Sr. M. D. Hmoud, Sr. H. Huang, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. A. Laraba, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. B. H. Niehaus, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. P. Šturma, Sr. D. D. Tladi, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

D. Comité de Redacción

7. En sus sesiones 3245ª, 3250ª, 3257ª, 3261ª, 3269ª, 3278ª y 3280ª, celebradas los días 5, 13 y 27 de mayo y 3 de junio y 14, 24 y 29 de julio de 2015, la Comisión estableció un Comité de Redacción, integrado por los miembros que se mencionan más abajo, para los temas que se indican a continuación:

² Sr. L. Caflisch, Sr. E. J. A. Candioti, Sr. M. Kamto, Sr. B. H. Niehaus, Sr. E. Petrič y Sr. N. Wisnumurti.

³ Sra. C. Escobar Hernández, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. D. D. Tladi, Sr. E. Valencia Ospina y Sr. M. Wood.

a) *Identificación del derecho internacional consuetudinario*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sr. M. Wood (Relator Especial), Sr. M. D. Hmoud, Sr. H. Huang, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. P. Šturma, Sr. D. D. Tladi, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

b) *Protección de la atmósfera*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sr. S. Murase (Relator Especial), Sr. M. D. Hmoud, Sr. H. Huang, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. D. M. McRae, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. D. D. Tladi, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

c) *Crímenes de lesa humanidad*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sr. S. D. Murphy (Relator Especial), Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. D. M. McRae, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. D. D. Tladi, Sr. A. S. Wako, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

d) *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sr. G. Nolte (Relator Especial), Sr. K. Kittichaisaree, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. D. M. McRae, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. P. Šturma, Sr. D. D. Tladi, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

e) *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sra. M. G. Jacobsson (Relatora Especial), Sra. C. Escobar Hernández, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. M. D. Hmoud, Sr. H. Huang, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. G. V. Saboia, Sr. P. Šturma, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

f) *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sra. C. Escobar Hernández (Relatora Especial), Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. D. M. McRae, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. D. D. Tladi, Sr. A. S. Wako, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

g) *Aplicación provisional de los tratados*: Sr. M. Forteau (Presidente), Sr. J. M. Gómez Robledo (Relator Especial), Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Kamto, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. D. M. McRae, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. D. D. Tladi, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

8. El Comité de Redacción celebró un total de 34 sesiones sobre los siete temas indicados.

E. Grupo de Estudio y Grupo de Trabajo

9. En su 3249ª sesión, celebrada el 12 de mayo de 2015, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio siguiente:

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

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

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. M. Forteau, Sr. H. A. Hassouna, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, 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. A. S. Wako, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood, y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

F. Secretaría

11. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. George Korontzis, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General del 4 de mayo al 5 de junio de 2015. El Sr. Huw Llewellyn, Oficial Jurídico Principal, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Principal. Tras la jubilación del Sr. George Korontzis y el nombramiento del Sr. Huw Llewellyn como Director de la División de Codificación, de la Oficina de Asuntos Jurídicos, el Sr. Huw Llewellyn desempeñó las funciones de Secretario de la Comisión desde el 8 de junio de 2015. El Sr. Trevor Chimimba y el Sr. Arnold Pronto, Oficiales Jurídicos Superiores, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Superiores. La Sra. Hanna Dreifeldt-Lainé y el Sr. David Nanopoulos, Oficiales Jurídicos, actuaron como Secretarios Auxiliares de la Comisión.

G. Programa

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

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

Capítulo II

Resumen de la labor de la Comisión en su 67º período de sesiones

13. En relación con el tema **“La cláusula de la nación más favorecida”**, la Comisión recibió con agradecimiento el informe final acerca de la labor del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida e hizo suyo el resumen de las conclusiones del Grupo de Estudio. La Comisión encomendó el informe final a la atención de la Asamblea General y alentó a que se le diera la mayor difusión posible. La Comisión ha concluido así el examen del tema (cap. IV).

14. Con respecto al tema **“Protección de la atmósfera”**, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681 y Corr.1 (en chino únicamente)), en el que, tras un análisis más a fondo de los proyectos de directriz propuestos en el primer informe, se presentaba una serie de proyectos de directriz revisados relativos a los términos empleados, el ámbito de aplicación del proyecto de directrices y la preocupación común de la humanidad, además de proyectos de directriz sobre la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y la cooperación internacional. Tras el debate sobre el informe, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1, 2, 3 y 5, tal como figuraban en el segundo informe del Relator Especial, en el entendimiento de que el proyecto de directriz 3 se examinaría en el contexto de un posible preámbulo. Después de examinar el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.851), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1, 2 y 5, así como cuatro párrafos del preámbulo, con los comentarios correspondientes (cap. V).

15. En relación con el tema **“Identificación del derecho internacional consuetudinario”**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/682), que contenía, entre otras cosas, nuevos párrafos para tres de los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe y cinco nuevos proyectos de conclusión que se referían, respectivamente, a la relación entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, el papel de la inacción, el papel de los tratados y las resoluciones, la jurisprudencia y la doctrina, la pertinencia de las organizaciones internacionales, la costumbre particular y el objeto persistente. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión que figuraban en el tercer informe. La Comisión recibió el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.869), y tomó nota de los proyectos de conclusión 1 a 16 [15] aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 66ª y 67ª (cap. VI).

16. Por lo que respecta al tema **“Crímenes de lesa humanidad”**, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/680), que contenía, entre otras cosas, dos proyectos de artículo que se referían, respectivamente, a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad y a la definición de crímenes de lesa humanidad. Después del debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial. Tras examinar el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.853), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 a 4 con los comentarios correspondientes (cap. VII).

17. En cuanto al tema **“Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/683), que contenía, entre otras cosas, un proyecto de conclusión relativo a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de conclusión propuesto por el Relator Especial. Una vez examinado el

informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.854), la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 11 con el comentario correspondiente (cap. VIII).

18. Con respecto al tema **“Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”**, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/685), en el que, entre otras cosas, se identificaban y examinaban las normas vigentes sobre los conflictos armados que hacen referencia directa a la protección del medio ambiente en relación con esos conflictos. El informe contenía cinco proyectos de principio y tres proyectos de párrafo de un preámbulo sobre el alcance y el propósito de los proyectos de principios y los términos empleados. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de párrafo del preámbulo y los proyectos de principio, tal como figuraban en el informe de la Relatora Especial, en el entendimiento de que la disposición sobre los términos empleados se remitía para facilitar los debates y que el Comité de Redacción la dejaría, por el momento, en suspenso. La Comisión recibió posteriormente el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.870), y tomó nota de los proyectos de disposiciones introductorias y de los proyectos de principio I-(x) a II-5, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (cap. IX).

19. En relación con el tema **“Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”**, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/686), dedicado al examen de los aspectos restantes del alcance material de la inmunidad *ratione materiae*, a saber, qué constituye un “acto realizado a título oficial” y su alcance temporal. El informe contenía propuestas de un proyecto de artículo 2 f), en que se definía el “acto realizado a título oficial” y de un proyecto de artículo 6, sobre el alcance de la inmunidad *ratione materiae*. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción. La Comisión recibió posteriormente el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.865) y tomó nota de los proyectos de artículo 2 f), y 6, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción (cap. X).

20. Por lo que respecta al tema **“Aplicación provisional de los tratados”**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/687), en el que se examinaba la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y la cuestión de la aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales. La Comisión también tuvo ante sí un memorando (A/CN.4/676), preparado por la Secretaría, sobre la aplicación provisional con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986. La Comisión remitió al Comité de Redacción seis proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial. Posteriormente, la Comisión recibió, en forma oral, un informe provisional, presentado por el Presidente del Comité de Redacción, sobre los proyectos de directriz 1 a 3 aprobados provisionalmente por el Comité, que fueron presentados a la Comisión a título informativo únicamente (cap. XI).

21. La Comisión estableció un Grupo de Planificación para que examinara su programa, sus procedimientos y sus métodos de trabajo (cap. XII, secc. A). La Comisión decidió incluir el tema *“Jus cogens”* en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi (cap. XII, secc. A.1).

22. La Comisión prosiguió el intercambio de información con la Corte Internacional de Justicia, la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, el Comité Jurídico Interamericano, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también

hizo uso de la palabra ante la Comisión. Hubo un intercambio informal de opiniones entre los miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

23. La Comisión recomendó que su 68º período de sesiones se celebrara en Ginebra del 2 de mayo al 10 de junio y del 4 de julio al 12 de agosto de 2016 (cap. XII, secc. B).

Capítulo III

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

24. La Comisión considera que siguen siendo relevantes las solicitudes de información que figuran en el capítulo III del informe sobre su último período de sesiones en relación con los temas “Protección de la atmósfera”⁴, “Identificación del derecho internacional consuetudinario”⁵ y “Crímenes de lesa humanidad”⁶ y agradecería cualquier información adicional.

25. La Comisión también agradecería que, antes del 31 de enero de 2016, le enviaran información sobre las cuestiones indicadas más abajo, a fin de que se tenga en cuenta en los respectivos informes de los Relatores Especiales.

A. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

26. Sería de utilidad para la Comisión que los Estados y las organizaciones internacionales le facilitasen:

a) Ejemplos de decisiones de tribunales nacionales en que un acuerdo ulterior o una práctica ulterior haya contribuido a la interpretación de un tratado; y

b) Ejemplos en que se haya considerado que pronunciamientos u otras actuaciones de un órgano creado en virtud de un tratado, integrado por expertos independientes, hayan dado lugar a acuerdos ulteriores o a una práctica ulterior relevante para la interpretación de un tratado.

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

27. La Comisión agradecería que los Estados le facilitasen información sobre si, en su práctica, se ha interpretado que el derecho ambiental internacional o interno es aplicable en relación con conflictos armados internacionales o no internacionales. La Comisión agradecería en particular que se le proporcionaran ejemplos de:

a) Tratados, incluidos tratados regionales o bilaterales relevantes;

b) Legislación nacional relevante para el tema, incluidas disposiciones legislativas por las que se apliquen tratados regionales o bilaterales; y

c) Jurisprudencia en que se haya aplicado el derecho ambiental internacional o interno en controversias relacionadas con situaciones de conflicto armado.

28. La Comisión desearía también que los Estados le informasen de si cuentan con instrumentos que tengan por objeto proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados, tales como legislación y normativas nacionales, manuales militares, procedimientos operativos estándar, reglas de intervención o acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas aplicables durante operaciones internacionales, así como políticas de gestión ambiental relacionadas con actividades de defensa. La Comisión

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 27.

⁵ *Ibid.*, párrs. 29 y 30.

⁶ *Ibid.*, párr. 34.

estaría interesada, en particular, en instrumentos relacionados con medidas preventivas y de reparación.

C. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

29. La Comisión agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su legislación y práctica, en particular práctica judicial, en relación con los límites y las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

D. Aplicación provisional de los tratados

30. La Comisión agradecería que los Estados le facilitasen información sobre su práctica en relación con la aplicación provisional de los tratados, incluida la legislación nacional pertinente, con ejemplos, en particular respecto 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.

E. *Jus cogens*

31. La Comisión agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su práctica en relación con la naturaleza del *jus cogens*, los criterios para su formación y las consecuencias consiguientes, recogida en:

- a) Declaraciones oficiales, incluidas declaraciones oficiales ante órganos legislativos, tribunales y organizaciones internacionales; y
- b) Decisiones de tribunales nacionales y regionales, incluidos órganos cuasijudiciales.

Capítulo IV

La cláusula de la nación más favorecida

A. Introducción

32. 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 tema⁷.

33. El Grupo de Estudio, presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera, se estableció en el 61º período de sesiones (2009)⁸ y se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62º (2010) y 63º (2011) bajo la misma presidencia conjunta⁹. En sus períodos de sesiones 64º (2012), 65º (2013) y 66º (2014), la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae¹⁰. En los períodos de sesiones de 2013 y 2014, en ausencia del Sr. McRae, el Sr. Mathias Forteau desempeñó las funciones de Presidente.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

34. El 12 de mayo de 2015, en la 3249ª sesión del 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.

35. El Grupo de Estudio celebró dos reuniones, los días 12 de mayo y 16 de julio de 2015, en las que llevó a cabo y finalizó un examen sustantivo y técnico del

⁷ En su 2997ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 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.

⁸ 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 núm. 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.

⁹ 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 núm. 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 como 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 núm. 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.

¹⁰ En su 3151ª sesión, el 27 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Estudio (*ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 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. En su 3189ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio (*ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 154 a 164). El Grupo de Estudio siguió considerando y examinando otros documentos. También examinó la jurisprudencia y la práctica actual relevantes para la interpretación de las cláusulas NMF. En su 3231ª sesión, el 25 de julio de 2014, la Comisión tomó nota del informe oral sobre la labor del Grupo de Estudio (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 254 a 262). El Grupo de Estudio llevó a cabo un examen sustantivo y técnico del proyecto de informe final con miras a preparar un nuevo proyecto que acordase dicho Grupo.

proyecto de informe final. En total, desde su establecimiento en 2009, el Grupo de Estudio ha celebrado 24 reuniones.

36. La Comisión recibió y examinó el informe final del Grupo de Estudio en sus sesiones 3264^a y 3277^a, celebradas los días 6 y 23 de julio de 2015, respectivamente. El informe final figura como anexo al presente informe. La Comisión señala que el informe final está dividido en cinco partes. En la primera parte se abordan los antecedentes, incluidos los orígenes y el propósito de la labor del Grupo de Estudio, se examina la labor previa de la Comisión en relación con el proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida (NMF) y la evolución posterior a la conclusión del proyecto de artículos de 1978, en particular en el ámbito de las inversiones, y se analizan las disposiciones NMF por otros órganos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). El propósito general del Grupo de Estudio no ha sido revisar el proyecto de artículos de 1978 ni elaborar un nuevo proyecto de artículos.

37. En la segunda parte del informe se aborda la pertinencia actual de las cláusulas NMF y las cuestiones relacionadas con su interpretación, también en el contexto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), otros acuerdos de comercio y los tratados de inversión. Se examinan además los tipos de disposiciones NMF en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y se destacan las cuestiones interpretativas que se han planteado en relación con las disposiciones NMF en los TBI, a saber: a) la definición del beneficiario de una cláusula NMF; b) la definición del trato necesario; y c) la determinación del alcance de la cláusula NMF.

38. En la tercera parte se analizan: a) las consideraciones de política en materia de inversión relacionadas con la interpretación de los acuerdos de inversión, teniendo en cuenta la asimetría en las negociaciones de los TBI y la especificidad de cada tratado; b) las consecuencias del arbitraje en la solución de controversias en materia de inversiones como “arbitraje mixto”; y c) la relevancia contemporánea del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF.

39. El objetivo de la cuarta parte es ofrecer guías para la interpretación de las cláusulas NMF, estableciendo un marco para aplicar adecuadamente los principios de la interpretación de los tratados a las cláusulas NMF. Se analizan los diferentes enfoques adoptados en la jurisprudencia con respecto a la interpretación de las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión, abordando, en particular, las tres cuestiones centrales siguientes: a) ¿son las disposiciones NMF susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión?; b) ¿afectan a la jurisdicción de un tribunal las condiciones fijadas en los TBI respecto a qué disposiciones de solución de controversias pueden ser invocadas por los inversores?; c) al determinar si una disposición NMF de un TBI se aplica a las condiciones para invocar la solución de controversias, ¿qué factores son relevantes en el proceso de interpretación? En esa parte también se examinan las diversas maneras en que los Estados han reaccionado en su práctica convencional ante la decisión en el caso *Maffezini*¹¹, entre otras formas: a) declarando específicamente que la cláusula NMF no es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de controversias; b) declarando específicamente que la cláusula NMF es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de controversias; o c) enumerando específicamente los ámbitos en que la cláusula NMF es de aplicación.

¹¹ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/97/7 (25 de enero de 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, pág. 396.

40. En la quinta parte del informe figuran las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Estudio, en las que se destaca, en particular, la importancia y pertinencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión. La interpretación de las cláusulas NMF debe llevarse a cabo tomando como base las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

41. En su 3277ª sesión, el 23 de julio de 2015, la Comisión acogió con beneplácito el informe final sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Estudio. La Comisión señaló el informe final a la atención de la Asamblea General y alentó a que se le diese una difusión lo más amplia posible.

42. En su 3277ª sesión, el 23 de julio de 2015, la Comisión aprobó las siguientes conclusiones resumidas:

a) La Comisión señala que las cláusulas NMF mantienen intacto su carácter desde el momento en que se concluyó el proyecto de artículos de 1978. Las disposiciones fundamentales del proyecto de artículos de 1978 siguen constituyendo la base para la interpretación y la aplicación de las cláusulas NMF en la actualidad. No obstante, no resuelven todas las cuestiones interpretativas que pueden surgir con las cláusulas NMF.

b) La Comisión subraya la importancia y la pertinencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión. La interpretación de las cláusulas NMF debe llevarse a cabo tomando como base las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

c) La cuestión interpretativa central respecto de las cláusulas NMF guarda relación con el alcance de la cláusula y la aplicación del principio *ejusdem generis*. Es decir, el alcance y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse de acuerdo con una disposición NMF dependen de la interpretación de la propia disposición NMF.

d) Con la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones relativas a la solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, en lugar de limitarlas a las obligaciones sustantivas, se introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y quizás las consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión. Con todo, sigue tratándose de una cuestión de interpretación de los tratados.

e) En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de controversias. Una formulación explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias. De otro modo, corresponderá a los tribunales de solución de controversias interpretar las cláusulas NMF caso por caso.

43. La Comisión desea destacar que las técnicas de interpretación analizadas por el Grupo de Estudio en el informe están concebidas para asistir en la interpretación y la aplicación de las disposiciones NMF.

C. Reconocimiento al Grupo de Estudio y a su Presidente

44. En su 3277ª sesión, el 23 de julio de 2015, la Comisión aprobó por aclamación la siguiente resolución:

“La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo acogido con beneplácito el informe del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida,

Expresa al Grupo de Estudio y a su Presidente, el Sr. Donald M. McRae, su profundo agradecimiento y calurosa felicitación por la notable contribución realizada en la preparación del informe sobre la cláusula de la nación más favorecida y por los resultados alcanzados por el Grupo de Estudio,

Recuerda con agradecimiento la contribución del Sr. A. Rohan Perera, que fue Copresidente del Grupo de Estudio entre 2009 y 2011, así como la del Sr. Mathias Forteau, que desempeñó las funciones de Presidente en ausencia del Sr. McRae durante los periodos de sesiones de 2013 y 2014.”

Capítulo V Protección de la atmósfera

A. Introducción

45. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Protección de la atmósfera”, junto con un entendimiento, y nombró Relator Especial al Sr. Shinya Murase¹².

46. La Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial en su 66º período de sesiones (2014)¹³.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

47. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681 y Corr.1 (únicamente en chino)). Sobre la base del primer informe, y teniendo presentes los comentarios formulados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, el Relator Especial, en su segundo informe, analizó más a fondo los proyectos de directriz presentados en el primer informe, con una serie de directrices revisadas sobre los términos empleados, incluida la definición de atmósfera, el ámbito de aplicación del proyecto de directrices y la preocupación común de la humanidad. Además, el Relator Especial hizo un análisis de la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y de la cooperación internacional para la protección de la atmósfera. Se presentaron proyectos de directriz sobre la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y sobre la cooperación internacional¹⁴. El Relator Especial

¹² En su 3197ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 168). 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, la disminución del 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. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013 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 en su 63º período de sesiones (2011), sobre la base de la propuesta contenida en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 365).

¹³ Primer informe sobre la protección de la atmósfera (documento A/CN.4/667).

¹⁴ El texto de los proyectos de directriz propuesto por el Relator Especial en su informe rezaba (véase la sección C.2 *infra* para consultar el texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo, con los comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en este período de sesiones):

**“Proyecto de directriz 1
Términos empleados**

A los efectos del presente proyecto de directrices:

sugirió que la preocupación común de la humanidad, la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera y la cooperación internacional estaban establecidos en la práctica de los Estados y conectados entre sí de manera fundamental, por lo que constituían la trinidad de la protección de la atmósfera. El Relator Especial presentó asimismo un detallado plan de trabajo futuro, habida cuenta de la petición realizada por la Comisión en 2014 en relación con dicho plan. Estimó, de manera tentativa, que la labor sobre el tema estaría concluida en 2020, después de que se examinaran en 2016 cuestiones como el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, el principio del desarrollo sostenible (utilización de la atmósfera y evaluación del impacto ambiental), el principio de equidad, las circunstancias especiales y la vulnerabilidad; en 2017 la prevención, la diligencia debida y la precaución; en 2018 los principios que rigen la interrelación con otros ámbitos del derecho internacional; y en 2019 el cumplimiento, la aplicación y la solución de controversias.

48. La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3244^a a 3249^a, celebradas los días 4, 5, 6, 7, 8 y 12 de mayo de 2015.

- a) Se entiende por ‘atmósfera’ la envoltura de gases que circunda la Tierra, en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias degradantes.
- b) Se entiende por ‘contaminación atmosférica’ la introducción en la atmósfera por la actividad humana, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan efectos nocivos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.
- c) La ‘degradación de la atmósfera’ comprende la contaminación atmosférica, la disminución del ozono de la estratosfera, el cambio climático y cualquier otra alteración de las condiciones atmosféricas que tenga efectos adversos sensibles para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

[En etapas posteriores se propondrá la definición de otros términos.]

Proyecto de directriz 2

Ámbito de aplicación de las directrices

- a) El presente proyecto de directrices se refiere a las actividades humanas que directa o indirectamente introduzcan sustancias nocivas o energía en la atmósfera o que alteren la composición de la atmósfera y que tengan o probablemente puedan tener efectos adversos significativos para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.
- b) El presente proyecto de directrices versa sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional.
- c) Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices tiene por objeto afectar a la condición jurídica del espacio aéreo conforme al derecho internacional aplicable.

Segunda parte

Principios generales

Proyecto de directriz 3

Preocupación común de la humanidad

La atmósfera es un recurso natural esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres; por lo tanto, la degradación de las condiciones atmosféricas es una preocupación común de la humanidad.

Proyecto de directriz 4

Obligación general de los Estados de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera.

Proyecto de directriz 5

Cooperación internacional

- a) Los Estados tienen la obligación de cooperar de buena fe entre sí y con las organizaciones internacionales competentes a fin de proteger la atmósfera.
- b) Se alienta a los Estados a que cooperen para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y efectos de la degradación atmosférica. La cooperación podría comprender el intercambio de información y la vigilancia conjunta.”

49. Además del debate de la Comisión, se celebró un diálogo con científicos, que fue organizado por el Relator Especial el 7 de mayo de 2015¹⁵. Los miembros de la Comisión consideraron de utilidad el diálogo y agradecieron a los ponentes su intervención.

50. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3249ª sesión, el 12 de mayo de 2015, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1, 2, 3 y 5, contenidos en el segundo informe del Relator Especial, con el entendimiento de que el proyecto de directriz 3 se examinara en el contexto de un posible preámbulo. Asimismo, el Relator Especial propuso que la Comisión aplazara la remisión al Comité de Redacción del proyecto de directriz 4 sobre la obligación general de los Estados de proteger la atmósfera¹⁶, en espera de un análisis ulterior en 2016.

51. En su 3260ª sesión, el 2 de junio de 2015, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1, 2 y 5, así como cuatro párrafos del preámbulo (véase la sección C.1 *infra*).

52. En sus sesiones 3287ª y 3288ª, los días 5 y 6 de agosto de 2015, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de directriz aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo

53. A continuación figura el texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión.

Preámbulo

...

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias degradantes y contaminantes se producen en la atmósfera,

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

Recordando que el proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la

¹⁵ El diálogo con científicos sobre la protección de la atmósfera estuvo presidido por el Sr. Shinya Murase, Relator Especial, e hicieron presentaciones el Profesor Øystein Hov (Presidente de la Comisión de Ciencias Atmosféricas de la OMM); el Profesor Peringe Grennfelt (Presidente del Grupo de Trabajo sobre los Efectos, Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia); el Sr. Masa Nagai (Director Adjunto de la División de Derecho Ambiental y Convenios del PNUMA); el Sr. Christian Blondin (Director del Gabinete del Secretario General y Departamento de Relaciones Exteriores de la OMM); la Sra. Albena Karadjova (Secretaría del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia) y la Sra. Jacqueline McGlade (Directora Científica de la División de Alerta Temprana y Evaluación del PNUMA). Tras el diálogo hubo un turno de preguntas.

¹⁶ Véase la nota 14 *supra* para consultar el texto del proyecto de directriz 4 propuesto por el Relator Especial.

disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende “llenar” lagunas de los regímenes convencionales o imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,¹⁷

[Tal vez se añadan nuevos párrafos y se cambie el orden de los ya existentes en una fase ulterior.]

...

Directriz 1

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) Se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra;

b) Se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;

c) Se entiende por “degradación de la atmósfera” la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

Directriz 2

Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices [contiene principios rectores relativos][se refiere]¹⁸ a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de “quien contamina, paga”, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.

4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta a la condición jurídica del espacio aéreo prevista en el derecho internacional ni a las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

¹⁷ La terminología y ubicación de este párrafo, inspirado en el párrafo 168 del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*), se volverán a examinar en una fase ulterior de la labor de la Comisión sobre el presente tema.

¹⁸ Las formulaciones alternativas que figuran entre corchetes volverán a examinarse.

Directriz 5

Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, a fin de proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

2. Texto de los proyectos de directriz con los párrafos del preámbulo, y de los comentarios correspondientes, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

54. A continuación figura el texto de los proyectos de directriz con los párrafos del preámbulo, y de los comentarios correspondientes, aprobado por la Comisión en su 67º período de sesiones.

Comentario general

La Comisión reconoce la importancia de implicarse plenamente en las necesidades actuales de la comunidad internacional. Se reconoce que tanto el entorno humano como el natural pueden sufrir efectos perjudiciales de resultados de algunos cambios en el estado de la atmósfera, principalmente causados por la introducción de sustancias nocivas que provocan la contaminación atmosférica transfronteriza, la disminución del ozono y cambios en las condiciones atmosféricas que dan lugar al cambio climático. La Comisión, mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, se propone elaborar directrices que puedan ayudar a la comunidad internacional al abordar cuestiones esenciales relativas a la protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. Al hacerlo, la Comisión no desea interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas a la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, la disminución de la capa de ozono y el cambio climático, ni pretende “llenar” lagunas de los regímenes convencionales o imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos.

Preámbulo

...

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias degradantes y contaminantes se producen en la atmósfera,

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

Recordando que el proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende “llenar” lagunas de los regímenes

convencionales o imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,¹⁹

[En una etapa ulterior, tal vez se coordine el orden de los párrafos y se añadan otros.]

...

Comentario

1) En ocasiones anteriores, los preámbulos se prepararon una vez que la Comisión hubo concluido los trabajos sobre el tema concreto²⁰. En el presente caso, la Comisión remitió al Comité de Redacción el proyecto de directriz 3 (relativo a la preocupación común de la humanidad), tal y como figuraba en el segundo informe del Relator Especial, para que lo examinase en el contexto de un posible preámbulo. Así pues, se redactaron una serie de párrafos del preámbulo en los que se reflejaba la fase a que se había llegado en el examen del tema, en la inteligencia de que podrían añadirse nuevos párrafos al preámbulo a medida que los trabajos avanzasen.

2) El objetivo del preámbulo es ofrecer un marco contextual para el proyecto de directrices. El primer párrafo del preámbulo reconoce, en términos generales, la importancia esencial de la atmósfera para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres. La atmósfera es el mayor y uno de los más importantes recursos naturales del planeta. Como recurso natural —junto con los recursos minerales, energéticos e hídricos— la han considerado el Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales²¹, la Declaración de Estocolmo

¹⁹ La terminología y ubicación de este párrafo, inspirado en el párrafo 168 del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*), se volverán a examinar en una fase ulterior de la labor de la Comisión sobre el presente tema.

²⁰ Antes, la Comisión solía presentar a la Asamblea General el resultado de su labor sin un proyecto de preámbulo, dejando su elaboración a cargo de los Estados. No obstante, también hay precedentes de casos en que la Comisión ha redactado tales preámbulos. Así sucedió, por ejemplo, con respecto a los dos proyectos de convención sobre la supresión de la apatridia en lo porvenir (1954), *Anuario...*, 1954 (en inglés), vol. II, párr. 25; el proyecto de convención para reducir los casos de apatridia en lo porvenir (1954), *Anuario...*, 1954 (en inglés), vol. II, párr. 25; el modelo de reglas sobre procedimiento arbitral (1958), *Anuario...*, 1958, vol. II, párr. 22 (en el preámbulo figuran las reglas fundamentales de la estipulación de recurrir al arbitraje); el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999), *Anuario...*, 1999, vol. II (segunda parte), párr. 47 (se reproduce en la resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000 anexo); el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001), *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), párr. 97 (se reproduce en la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo); los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (2006), *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 176; el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006), *Anuario...*, 2006, vol. II, segunda parte, párr. 66 (se reproduce en la resolución 61/36 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2006, anexo); y el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10)*, párrs. 53 y 54.

²¹ La inclusión de los “recursos atmosféricos” en “otros recursos naturales” por el antiguo Comité de las Naciones Unidas de Recursos Naturales se mencionó por primera vez en el informe del Comité sobre su primer período de sesiones (Nueva York, 10 de marzo de 1971), sección 4 (“Otros recursos naturales”), párr. 94 d). La labor del Comité (después, el Comité de las Naciones Unidas de Energía y Recursos Naturales para el Desarrollo) se transfirió después a la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible.

sobre el Medio Humano²² de 1972 y la Carta Mundial de la Naturaleza²³ de 1982. La atmósfera proporciona “recursos fluyentes” renovables que son esenciales para la supervivencia de los seres humanos, las plantas y los animales en el planeta, y sirve como medio de transporte y comunicación. Durante mucho tiempo, se consideró que era inagotable y no exclusiva, pues se suponía que todo el mundo podía beneficiarse de la atmósfera sin privar de ella a los demás. Ese planteamiento ya no se sostiene²⁴. Hay que tener en cuenta que la atmósfera es un recurso limitado y con capacidad de asimilación limitada.

3) El segundo párrafo del preámbulo aborda el aspecto funcional de la atmósfera como medio a través del cual se transportan y dispersan sustancias degradantes y contaminantes. La Comisión consideró apropiado mencionar ese aspecto funcional en el preámbulo. Esta decisión refleja la preocupación de que la inclusión del aspecto funcional como parte de la definición pueda sugerir que ese transporte y esa dispersión son deseables, que no es la intención de la Comisión. Se reconoce que el movimiento transfronterizo a gran distancia de sustancias contaminantes y degradantes es uno de los principales problemas del medio ambiente atmosférico actual²⁵, y se ha determinado que la región del Ártico es una de las zonas más gravemente afectadas por la difusión mundial de contaminantes nocivos²⁶.

²² “Los recursos naturales de la Tierra, incluid[o] el aire [...], deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga” (Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, documento de las Naciones Unidas A/CONF.48/14/Rev.1, 16 de junio de 1972, principio 2).

²³ “[...] los recursos [...] atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua [...]”. Carta Mundial de la Naturaleza, resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, Principios generales, párr. 4.

²⁴ En el asunto *Gasolina* de 1996, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC reconocieron que el aire puro era “un recurso natural agotable”. *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (1996), Informe del Órgano de Apelación: WT/DS2/AB/R (1996).

²⁵ Véase el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2256, pág. 119 (en cuyo preámbulo se señala que “los contaminantes orgánicos persistentes [...] son transportados por el aire [...] a través de las fronteras internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación, acumulándose en ecosistemas terrestres y acuáticos”). El Protocolo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia para Luchar contra la Acidificación, la Eutrofización y el Ozono Troposférico, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2319, pág. 81, modificado en 2012, establece en el tercer párrafo del preámbulo lo siguiente: “Preocupadas [...] por el hecho de que los [productos químicos] emitidos [...] se transportan a gran distancia a través de la atmósfera y pueden tener efectos transfronterizos perjudiciales”. El Convenio de Minamata sobre el Mercurio (hecho en Kumamoto (Japón) el 10 de octubre de 2013 con ocasión de la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, celebrada del 7 al 11 de octubre de 2013, y cuyo texto puede consultarse en: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>), reconoce que el mercurio “es un producto químico de preocupación mundial debido a su transporte a larga distancia en la atmósfera” (primer párrafo del preámbulo). Véase J. S. Fuglesvedt, K. P. Shine, T. Berntsen, J. Cook, D. S. Lee, A. Stenke, R. B. Skeie, G. J. M. Velders, I. A. Waitz, “Transport impacts on atmosphere and climate: metrics”, *Atmospheric Environment*, vol. 44:37 (2010), págs. 4648 a 4677; D. J. Wuebbles, H. Lei y J.-T. Lin, “Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences”, *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), págs. 65 a 84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang y D. J. Wuebbles, “Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model”, *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008), L02805.

²⁶ Se han identificado algunas de las amenazas contaminantes para el medio ambiente del Ártico, como los contaminantes orgánicos persistentes y el mercurio, que suelen provenir de fuentes ajenas a la región. Esos contaminantes acaban en el Ártico procedentes de regiones industriales de Europa Meridional y otros continentes mediante los vientos dominantes del norte y la circulación de los océanos. Véase Timo Koivurova, Paula Kankaanpää y Adam Stepien, “Innovative

4) El tercer párrafo del preámbulo reconoce, teniendo en cuenta la importancia antes mencionada de los problemas relacionados con la atmósfera, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es “una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto”. Si bien una serie de tratados y de escritos en la materia ponen de manifiesto cierto grado de apoyo al concepto de “preocupación común de la humanidad”²⁷, la Comisión decidió no adoptar esa terminología para definir el problema, ya que las consecuencias jurídicas del concepto de preocupación común de la humanidad sigue sin estar claro en la etapa actual de desarrollo del derecho internacional relativo a la atmósfera. Se consideró apropiado expresar la preocupación de la comunidad internacional como cuestión de declaración fáctica y no de declaración normativa, como tal, de la gravedad de los problemas atmosféricos. Así pues, en este contexto, se ha utilizado la expresión “una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto”. Se trata de una expresión que la Comisión ha empleado con frecuencia como uno de los criterios de selección de nuevos temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo²⁸.

Environmental Protection: Lessons from the Arctic”, *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), págs. 1 a 27, en especial pág. 13. Puede consultarse en: <http://jel.oxfordjournals.org/content/early/2015/02/13/jel.equ037.full.pdf?keytype=ref&ijkey=BjgzEgqY2lZXodu>.

²⁷ En el párrafo 1 del preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, pág. 107), se reconoce que “los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad”. De manera análoga, en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, pág. 79) se señala que las partes son “conscientes [...] de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera” (párr. 2) y se afirma que “la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad” (párr. 3). La Convención de las Naciones Unidas de 1994 de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, pág. 3) adoptó expresiones similares a “preocupación común” en su preámbulo, como “centro de las preocupaciones”, “urgente preocupación de la comunidad internacional” y “problemas de dimensiones mundiales” para luchar contra la desertificación y la sequía. Otros instrumentos, por ejemplo el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y el Protocolo de Gotenburgo del Convenio de 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia para Luchar contra la Acidificación, la Eutrofización y el Ozono Troposférico, emplean conceptos similares al de preocupación común. Véase, Alan E. Boyle, “International Law and the Protection of the Global Atmosphere: Concepts, Categories and Principles”, Robin Churchill y David Freestone, eds., *International Law and Global Climate Change* (Leiden: Kluwer Academic Publishing, 1991), págs. 11 y 12; Duncan French, “Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge?”, pág. 13; Alexander Kiss, “The Common Concern of Mankind”, *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), pág. 246; A. A. Cançado-Trindade y D. J. Attard, “The Implication of the ‘Common Concern of Mankind’ Concept on Global Environmental Issues”, en Toru Iwama, ed., *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis* (Tokyo: Environmental Research Center, 1991), págs. 7 a 13; Jutta Brunnée, “Common Areas, Common Heritage, and Common Concern”, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnee y Helen Hey, eds. (Oxford: Oxford University Press, 2007), págs. 565 y 566. Véase también Charlotte Kreuter-Kirchhoff, “Atmosphere, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Rüdiger Wolfrum, ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), págs. 737 a 744 (la atmósfera como “preocupación común de la humanidad”).

²⁸ *Anuario...*, 1997, vol. II (segunda parte), párr. 238; *Anuario...*, 1998, vol. II (segunda parte), párr. 553. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 269. La Comisión ha convenido 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 conjunto.

- 5) El cuarto párrafo del preámbulo reproduce el acuerdo alcanzado por la Comisión en su 65º período de sesiones (2013) en relación con la inclusión del tema en su programa de trabajo. Se convino en que la terminología y ubicación de ese párrafo volverían a examinarse en una fase ulterior de la labor de la Comisión sobre el presente tema²⁹.
- 6) En una etapa ulterior, se podrán añadir nuevos párrafos al preámbulo y modificar su orden de presentación.

Directriz 1

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

- a) Se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra;
- b) Se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;
- c) Se entiende por “degradación de la atmósfera” la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

Comentario

- 1) Por necesidad práctica, la Comisión ha considerado conveniente elaborar un proyecto de directriz sobre los “Términos empleados” para establecer una posición común acerca de las cuestiones que se han de tratar en el presente proyecto de directrices. Los términos empleados se definen únicamente “a los efectos del presente proyecto de directrices” y no se pretende que afecten en modo alguno a las definiciones existentes o futuras de dichos términos en el derecho internacional.
- 2) No existe una definición del término “atmósfera” en los instrumentos internacionales relevantes. No obstante, la Comisión juzgó necesario establecer una definición básica a los efectos del presente proyecto de directrices, y la definición que figura en el apartado a) está inspirada en la definición propuesta por un grupo de trabajo del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)³⁰.
- 3) La Comisión consideró necesario que la definición jurídica se ajustara al enfoque de los científicos. Según estos, la atmósfera existe en lo que se denomina la capa atmosférica³¹. Se extiende hacia arriba desde la superficie de la Tierra, que es el límite inferior de la atmósfera seca. La composición media de la atmósfera hasta una altitud de 25 km es la siguiente: nitrógeno (78,08%), oxígeno (20,95%) y algunos gases traza, como el argón (0,93%), el helio y gases de efecto invernadero radiativamente activos,

²⁹ Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 168.

³⁰ Quinto Informe de Evaluación, Grupo de Trabajo III, anexo I. IPCC, *Climate Change 2014*. Puede consultarse en: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_annex-i.pdf.

³¹ La American Meteorology Society define la “capa atmosférica” (también denominada estrato atmosférico o región atmosférica) como “cualquiera de los diversos estratos de la atmósfera de la Tierra” (puede consultarse en: <http://msglossary.allenpress.com/glossary/search?id=atmospheric-shell1>).

por ejemplo, el dióxido de carbono (0,035%) y el ozono, así como vapor de agua de efecto invernadero en cantidades muy variables³². En la atmósfera también hay nubes y aerosoles³³. La atmósfera se divide verticalmente en cinco esferas, atendiendo a características de temperatura. De las capas inferiores a las superiores, estas esferas son: la troposfera, la estratosfera, la mesosfera, la termosfera y la exosfera. Aproximadamente el 80% de la masa de aire se sitúa en la troposfera y el 20%, en la estratosfera. La franja blanca, difusa y fina (con un espesor inferior al 1% del radio del globo) que se ve cuando se observa la Tierra desde la distancia es la atmósfera. Desde el punto de vista científico, esas esferas se agrupan para formar la “*atmósfera inferior*”, que se extiende hasta una altitud media de 50 km y se distingue de la “*atmósfera superior*”³⁴. La temperatura de la atmósfera cambia con la altitud. En la troposfera (hasta la tropopausa, a unos 12 km de altitud), la temperatura disminuye a medida que aumenta la altitud debido a la absorción y la radiación de energía solar por la superficie del planeta³⁵. En cambio, en la estratosfera (hasta la estratopausa, a unos 50 km de altitud), la temperatura aumenta gradualmente con la altitud³⁶ debido a la absorción de radiación ultravioleta por el ozono. En la mesosfera (hasta la mesopausa, a más de 80 km de altitud), las temperaturas vuelven a disminuir con la altitud. En la termosfera, las temperaturas aumentan de nuevo rápidamente debido a los rayos X y la radiación ultravioleta del sol. La atmósfera “no tiene un límite superior bien definido”³⁷.

4) La definición que figura en el apartado a) de la “atmósfera” como la envoltura de gases que circunda la Tierra representa una descripción “física” de la atmósfera. También hay un aspecto “funcional”, que implica el movimiento de aire a gran escala. El movimiento atmosférico es de carácter dinámico y fluctuante. El aire se mueve y circula alrededor de la Tierra en una formación compleja denominada “circulación atmosférica”. Como se ha señalado anteriormente en el comentario al preámbulo, la Comisión ha decidido hacer referencia a este aspecto funcional de la atmósfera en el segundo párrafo del preámbulo³⁸.

5) Es particularmente importante reconocer la función de la atmósfera como medio en el que se produce un movimiento constante, ya que en ese contexto es donde tiene

³² En términos físicos, el vapor de agua, que apenas representa el 0,25% de la masa atmosférica, es un elemento muy variable. En la ciencia atmosférica, “dada la gran variabilidad de la concentración de vapor de agua en el aire, es preciso medir los porcentajes de los diversos componentes en relación con el aire seco”. Las concentraciones de ozono también son muy variables. La concentración de ozono en la atmósfera superior a 0,1 ppmv (partes por millón en volumen) se considera peligrosa para los seres humanos. Véase John M. Wallace y Peter V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2ª edición (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), pág. 8.

³³ *Ibid.*

³⁴ La American Meteorological Society establece que la “atmósfera inferior” es “en términos generales, la parte de la atmósfera en la que se produce la mayoría de los fenómenos (esto es, la troposfera y la estratosfera inferior), por lo que se utiliza por oposición al significado común de ‘atmósfera superior’” (puede consultarse en: <http://msglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=lower+atmosphere&submit=Search>). La “atmósfera superior” se define por exclusión, es decir, como “la denominación general aplicada a la atmósfera que se encuentra por encima de la troposfera” (puede consultarse en: <http://msglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=upper+atmosphere&submit=Search>).

³⁵ El grosor de la troposfera no es igual en todas partes; depende de la latitud y la estación del año. El límite superior de la troposfera se encuentra a unos 17 km de altitud en el Ecuador, pero es inferior en los polos. En promedio, el límite superior de la troposfera se sitúa a unos 12 km de altitud. Véase Edward J. Tarbuck, Frederick K. Lutgens y Dennis Tasa, *Earth Science*, 13ª edición (Pearson, 2011), pág. 466.

³⁶ En sentido estricto, la temperatura de la estratosfera se mantiene constante entre 20 y 35 km de altitud, aproximadamente, y después empieza a aumentar de manera gradual.

³⁷ Véase Tarbuck, Lutgens y Tasa, nota 35 *supra*, pág. 467.

³⁸ Véase *supra* el párrafo 3) del comentario del preámbulo.

lugar “el transporte y la dispersión” de sustancias contaminantes y degradantes. En efecto, el movimiento transfronterizo a gran distancia de sustancias contaminantes es uno de los principales problemas para el medio ambiente atmosférico. Además de la contaminación transfronteriza, también preocupan la disminución de la capa de ozono y el cambio climático.

6) El apartado b) define la “contaminación atmosférica” y aborda la contaminación atmosférica transfronteriza, mientras que el apartado c) define la “degradación de la atmósfera” y hace alusión a los problemas atmosféricos a nivel mundial. Al emplear la expresión “por el hombre”, tanto el apartado b) como el c) dejan claro que el proyecto de directrices aborda la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica “antropogénicas”. La Comisión es consciente de que centrar la atención en la actividad humana, directa o indirecta, es una decisión deliberada, ya que el objetivo de las presentes directrices es proporcionar orientación a los Estados y a la comunidad internacional.

7) La expresión “contaminación atmosférica” (o contaminación del aire) a veces se utiliza en líneas generales para referirse al deterioro global de las condiciones atmosféricas, como la disminución del ozono y el cambio climático³⁹, pero en el presente proyecto de directrices esa expresión se emplea en un sentido estricto, en consonancia con la práctica convencional existente. Así pues, excluye las cuestiones globales de la definición de contaminación atmosférica.

8) Al definir la “contaminación atmosférica”, el apartado b) utiliza unos términos basados esencialmente en el artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979⁴⁰, que dispone lo siguiente:

“Con la expresión ‘contaminación atmosférica’ se designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas, deteriore los bienes materiales y afecte o dañe los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente, y la expresión ‘contaminantes atmosféricos’ deberá entenderse en ese mismo sentido.”

³⁹ Por ejemplo, el artículo 1, párrafo 1, de la Resolución de El Cairo (1987) del Instituto de Derecho Internacional sobre la contaminación atmosférica transfronteriza establece que “[a] los efectos de la presente resolución, se entiende por ‘contaminación’ cualquier *alteración* física, química o biológica *de la composición* o la calidad de la atmósfera que provenga directa o indirectamente de una acción u omisión humanas y produzca efectos perjudiciales o nocivos en el medio ambiente de otros Estados o en lugares más allá de los límites de la jurisdicción nacional” (sin cursiva en el original). Puede consultarse en: http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_03_en.PDF.

⁴⁰ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, pág. 217. El enunciado del artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia para Luchar contra la Acidificación, de 1979, se remonta a la definición de contaminación formulada por el Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en su recomendación C(74)224 sobre los “Principios relativos a la contaminación transfronteriza”, de 14 de noviembre de 1974 (*International Legal Materials*, vol. 14, pág. 242), que dice lo siguiente: “A los efectos de los presentes principios, con el término contaminación se designa la introducción en el medio ambiente por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía con efectos nocivos tales que puedan poner en peligro la salud humana, dañar los recursos biológicos y los ecosistemas, y afectar o dañar los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente”. Véase H. van Edig (ed.), *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (París: OCDE, 1977), pág. 13; véase también Patricia Birnie, Alan Boyle, Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2009), págs. 188 y 189; A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law* (London: Graham & Trotman, 1991), pág. 117 (definición de contaminación: “también incluye formas de energía, como el ruido, las vibraciones, el calor y la radiación”).

También cabe señalar que el artículo 1, párrafo 4, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁴¹ define el término “contaminación” como “la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana [...]”⁴². Los efectos nocivos derivados de la introducción o liberación tienen que ser de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra, o que contribuyan a ponerlos en peligro.

9) Aunque el artículo 1 a) del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y el artículo 1, párrafo 1 4), de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar prevén la “introducción de energía” (además de sustancias) en la atmósfera como parte de la “contaminación”, la Comisión ha decidido no incluir el término “energía” en el texto del apartado b) del proyecto de directriz. La Comisión considera que, a los efectos del proyecto de directrices, el término “sustancias” incluye la “energía”. Se entiende que la “energía” abarca el calor, la luz, el ruido y la radiactividad introducidos y liberados en la atmósfera a través de las actividades humanas⁴³.

10) La expresión “efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen” que figura en el apartado b) aclara que el proyecto de directrices versa sobre los efectos transfronterizos en el sentido del artículo 1 b) del Convenio sobre la

⁴¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3.

⁴² La definición de “contaminación” de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es pertinente en relación con el tema de la contaminación atmosférica en la medida en que su artículo 212 establece la obligación de prevenir la contaminación del medio marino desde la atmósfera.

⁴³ Con respecto al calor, véase WMO/IGAC Report: Impact of Megacities on Air Pollution and Climate, Informe del Programa de la Vigilancia de la Atmósfera Global (VAG) núm. 205, OMM, (septiembre de 2012); David Simon y Hayley Leck, “Urban Adaptation to Climate/Environmental Change: Governance, Policy and Planning”, número especial, *Urban Climate*, vol. 7 (2014) págs. 1 a 134; John A. Arnfield, “Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island”, *International Journal of Climatology*, vol. 23, págs. 1 a 26; Lisa Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (London: Earthscan, 2008); véase, en general, Brian Stone Jr., *The City and the Changing Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012). En relación con la contaminación lumínica, véase Catherine Rich y Travis Longcore, eds., *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington D.C.: Island Press, 2006); Pierantonio Cinzano y Fabio Falchi, “The propagation of light pollution in the atmosphere”, *Monthly Notices of the Royal Astronomical Society*, vol. 427 (2012), págs. 3337 a 3357; Fereshteh Bashiri y Che Rosmani Che Hassan, “Light pollution and its effects on the environment”, *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), págs. 8 a 12. Con respecto a la contaminación acústica o sonora, véase, por ejemplo, el anexo 16 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, pág. 295), vol. I; *Aircraft Noise*, 5ª edición, 2008; véase P. Davies y J. Goh, “Air Transport and the Environment: Regulating Aircraft Noise”, *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), págs. 123 a 135. En relación con las emisiones radioactivas, véase Dietrich Rauschnig, “Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution: Interim Report”, *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Seúl, 1986), págs. 198 a 223, en especial pág. 219; y OIEA, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience*, Informe del Chernobyl Forum Expert Group ‘Environment’ (Radiological Assessment Report Series), OIEA, abril de 2006, STI/PUB/1239. Véase también el Informe de 2013 del Comité Científico de las Naciones Unidas para el Estudio de los Efectos de las Radiaciones Atómicas a la Asamblea General, Scientific Annex A: Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami, 2014, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E14.IX.1; puede consultarse en: http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_GA_Report.pdf. Ello sin perjuicio de los usos pacíficos de la energía nuclear en relación con el cambio climático en particular (véase *Climate Change and Nuclear Power*, OIEA (2014), pág. 7).

Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, de 1979, según el cual con la expresión “contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia” se designa “la contaminación atmosférica cuya fuente física esté situada totalmente o en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión”.

11) Dado que la “contaminación atmosférica” se define de manera restrictiva en el apartado b), es necesario, a los efectos del proyecto de directrices, abordar otras cuestiones, además de la contaminación atmosférica, mediante una definición diferente. Con ese propósito, en el apartado c) se ofrece una definición de “degradación de la atmósfera”. El objetivo de esa definición es incluir los problemas del agotamiento del ozono y el cambio climático. Abarca la alteración de las condiciones atmosféricas mundiales causada por el hombre, directa o indirectamente. Pueden ser cambios en el medio físico o la biota, o alteraciones en la composición de la atmósfera global. El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985⁴⁴ establece en el artículo 1, párrafo 2, que “[p]or ‘efectos adversos’ se entiende los cambios en el medio físico o las biotas, incluidos los cambios en el clima, que tienen efectos deletéreos significativos para la salud humana o para la composición, resistencia y productividad de los ecosistemas tanto naturales como objeto de ordenación o para los materiales útiles al ser humano”. El artículo 1, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático dispone que “[p]or ‘cambio climático’ se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”.

12) El propósito de la expresión “efectos nocivos sensibles” es acotar el alcance de las actividades humanas abarcadas por el proyecto de directrices. La Comisión ha empleado con frecuencia el término “sensible” en su labor anterior⁴⁵. La Comisión ha señalado que “[...] ‘sensible’ es algo más que ‘detectable’ pero sin necesidad de alcanzar el nivel de ‘grave’ o ‘sustancial’”. El daño debe producir un efecto realmente perjudicial [...] [y] [e]sos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos⁴⁶. Por otra parte, “[l]a palabra ‘sensible’, aunque determinada por criterios reales y objetivos, implica igualmente un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse ‘sensible’ porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana de un recurso determinado no habían llegado a un punto en que se atribuía mucha utilidad a ese recurso concreto”. La cuestión de lo que se entiende por “sensible” requiere más bien una valoración de los hechos⁴⁷.

⁴⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, pág. 293.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (1997); el proyecto de artículo 1 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001) (resolución 62/68 de la Asamblea General, anexo); el proyecto de principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006) (resolución 61/36 de la Asamblea General, anexo); y el proyecto de artículo 6 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008) (resolución 63/124 de la Asamblea General, anexo).

⁴⁶ Párrafo 4) del comentario del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, 2001, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), pág. 158, párr. 98.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (comentario del proyecto de artículo 2,

13) En relación con la “contaminación atmosférica”, la introducción o liberación de sustancias tiene que contribuir únicamente a producir efectos “nocivos”, mientras que, en el caso de la “degradación de la atmósfera”, la alteración de las condiciones atmosféricas ha de tener “efectos nocivos sensibles”. Como se desprende del proyecto de directriz 2, relativo al ámbito de aplicación de las directrices, las presentes directrices se refieren a la protección de la atmósfera tanto contra la contaminación atmosférica como contra la degradación atmosférica. Como se señala en el párrafo 11) *supra*, los “efectos adversos” del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono⁴⁸ se refieren a los cambios que tienen efectos deletéreos significativos. El término “deletéreos” hace alusión a algo que resulta dañino, a menudo de manera sutil o inesperada.

Directriz 2

Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices [contiene principios rectores relativos][se refiere] a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de “quien contamina, paga”, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.

4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta a la condición jurídica del espacio aéreo prevista en el derecho internacional ni a las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

Comentario

1) El proyecto de directriz 2 enuncia el ámbito de aplicación del proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera. El párrafo 1 describe el ámbito de aplicación de manera positiva, indicando a qué se refieren las directrices, mientras que los párrafos 2 y 3 están formulados de manera negativa, especificando lo que no está incluido en el presente proyecto de directrices. El párrafo 4 contiene una cláusula de salvaguardia sobre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre.

2) El párrafo 1 define el ámbito de aplicación del proyecto de directrices sobre la base de las definiciones contenidas en los apartados b) y c) del proyecto de directriz 1. Se ocupa de cuestiones relativas a la protección de la atmósfera en dos esferas: la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El proyecto de directrices solo se ocupa de las causas antropogénicas y no de las de origen natural, como las erupciones volcánicas y las colisiones de meteoritos. Centrarse en la contaminación transfronteriza y la degradación atmosférica global causadas por la actividad del

párrs. 4) y 7)). Véase también el comentario al proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (comentario del proyecto de principio 2, párrs. 1) a 3)).

⁴⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, pág. 293.

hombre supone reflejar la situación actual, corroborada por la ciencia⁴⁹. Según el IPCC, los datos científicos indican, con un 95% de certeza, que la actividad humana es la causa principal del calentamiento de la Tierra registrado desde mediados del siglo XX. El IPCC observa que la influencia humana en el sistema climático es evidente. Esa influencia se ha observado en el calentamiento de la atmósfera y el océano, los cambios en el ciclo global del agua, la disminución de la nieve y el hielo, el aumento del nivel medio global del mar y los cambios en algunos fenómenos climáticos extremos⁵⁰. Señala además el IPCC que es sumamente probable que más de la mitad del aumento observado en la temperatura media global en superficie en el período de 1951 a 2010 haya sido causado por la combinación del incremento de las concentraciones de gases de efecto invernadero antropógenos y de otros “forzamientos” antropógenos⁵¹.

3) Las directrices tampoco abordarán la contaminación nacional o local. No obstante, cabe señalar que lo que sucede a escala local puede, algunas veces, tener repercusiones en el contexto transfronterizo y global en lo que respecta a la protección de la atmósfera. Las medidas paliativas adoptadas por el hombre, individual o colectivamente, deben tener en cuenta la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones.

4) El dióxido de azufre y el óxido de nitrógeno son las principales fuentes de contaminación atmosférica transfronteriza⁵², mientras que el cambio climático y el agotamiento de la capa de ozono son las dos preocupaciones fundamentales que conducen a la degradación atmosférica⁵³. Algunas sustancias que agotan el ozono también contribuyen al calentamiento global⁵⁴.

5) La determinación de si el proyecto de directrices “contiene principios rectores relativos a” o “se refiere a” la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica, o no, es una cuestión que tendrá que volver a examinarse a medida que avancen los trabajos.

6) Los párrafos 2 y 3, así como el cuarto párrafo del preámbulo, reflejan el acuerdo alcanzado por la Comisión cuando decidió incluir este tema en el programa de trabajo en su 65º período de sesiones, en 2013⁵⁵.

7) El párrafo 4 es una cláusula de salvaguardia que establece que lo dispuesto en el proyecto de directrices no afecta a la condición jurídica del espacio aéreo prevista en el derecho internacional aplicable. La atmósfera y el espacio aéreo son dos conceptos completamente distintos que deben distinguirse. El espacio aéreo es una institución estática y de índole espacial sobre la cual el Estado, dentro de su territorio, tiene “soberanía plena y exclusiva”. Así, el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional⁵⁶ dispone que “[...] todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el

⁴⁹ Véase, en general, IPCC *Cambio climático 2013: Bases físicas, Resumen para responsables de políticas*. Puede consultarse en: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_brochure_es.pdf.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Birnie, Boyle y Redgwell, nota 40 *supra*, pág. 342.

⁵³ *Ibid.*, pág. 336. Los vínculos entre el cambio climático y el agotamiento del ozono se abordan en el preámbulo y en el artículo 4 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Los vínculos entre la contaminación atmosférica transfronteriza y el cambio climático se abordan en el preámbulo y en el artículo 2, párrafo 1, del Protocolo de Gotemburgo, modificado en 2012.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 168.

⁵⁶ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, pág. 295.

‘espacio aéreo’ situado sobre su territorio”⁵⁷. A su vez, el artículo 2 de ese mismo Convenio considera como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentran bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado. Se considera que ningún Estado tiene soberanía sobre el espacio aéreo que se encuentra más allá de los límites de las aguas territoriales y que todos pueden usarlo, como la alta mar. En cambio, la atmósfera, como envoltura de gases que circunda la Tierra, es dinámica y fluctuante, y los gases están en constante movimiento sin tener en cuenta los límites territoriales⁵⁸. La atmósfera es invisible, intangible y no separable.

8) Además, mientras que la atmósfera se divide espacialmente en esferas atendiendo a características de temperatura, no existe un límite científico preciso entre la atmósfera y el espacio ultraterrestre. Por encima de los 100 km de altitud, las trazas de la atmósfera se mezclan gradualmente con el vacío del espacio⁵⁹. El Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, Incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes no ofrece una definición de “espacio ultraterrestre”⁶⁰. El asunto viene siendo objeto de debate en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos desde 1959, que ha examinado tanto los aspectos espaciales como los funcionales de las cuestiones de delimitación⁶¹.

9) Así pues, la Comisión optó, en el párrafo 4, por indicar que el proyecto de directrices no afecta a la condición jurídica del espacio aéreo ni abordar las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre. Además, la referencia al espacio ultraterrestre tiene en cuenta el acuerdo alcanzado por la Comisión en 2013.

Directriz 5 **Cooperación internacional**

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, a fin de proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

Comentario

1) La cooperación internacional es un aspecto básico de todo el proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera. El concepto de cooperación

⁵⁷ Véase el artículo 2, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), que estipula que la “soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar” (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3).

⁵⁸ Véase, en general, Birnie, Boyle y Redgwell, nota 40 *supra*, cap. 6.

⁵⁹ Tarbuck, Lutgens y Tasa, nota 35 *supra*, págs. 465 y 466.

⁶⁰ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 610, pág. 205.

⁶¹ Véase, en general, Bhupendra Jasani (ed.), *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme (Nueva York, Filadelfia, Washington D.C., Londres, Taylor & Francis, 1991), en especial caps. 2 y 3.

internacional ha experimentado un cambio notable en el derecho internacional⁶²; y en la actualidad se basa en gran medida en la noción de intereses comunes de la comunidad internacional en su conjunto⁶³. El tercer párrafo del preámbulo del presente proyecto de directrices así lo reconoce al decir que la protección de la atmósfera de la contaminación y la degradación atmosféricas es “una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto”.

2) En ese contexto, el proyecto de directriz 5 establece, en su párrafo 1, la obligación de los Estados de cooperar, según proceda. En términos concretos, los Estados han de cooperar entre sí y con las organizaciones internacionales competentes. La expresión “según proceda” denota que los Estados gozan de cierta flexibilidad y libertad en el cumplimiento de la obligación de cooperar dependiendo del carácter y el objeto de la cooperación requerida. Las formas en que puede producirse ese tipo de cooperación también pueden variar en función de la situación y el ejercicio de cierto margen de discrecionalidad de los Estados. La cooperación puede tener lugar en el plano bilateral, regional o multilateral. Los Estados también pueden adoptar por separado medidas apropiadas.

3) La cooperación internacional se menciona en varios instrumentos multilaterales relativos a la protección del medio ambiente. Tanto la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en los principios 24 y 27, respectivamente, hacen hincapié en la importancia de la cooperación⁶⁴. Además, en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte Internacional de Justicia destacó los vínculos existentes entre la obligación de informar, la cooperación entre las partes y la obligación de prevenir. Señaló que “es mediante la cooperación que los Estados de que se trata pueden

⁶² W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London: Stevens & Sons, 1964), págs. 60 a 71; Charles Leben, “The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction”, *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), págs. 399 a 408. Véase también, Jost Delbrück, “The International Obligation to Cooperate —An Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law?— A Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law”, H. P. Hestermeyer, et al., eds., *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012), págs. 3 a 16.

⁶³ Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interests in International Law”, *Academia de Derecho Internacional de La Haya, Recueil des cours*, vol. 250, 1994, págs. 217 a 384; Naoya Okuwaki, “On Compliance with the Obligation to Cooperate: New Developments of ‘International Law for Cooperation’”, en Jun’ichi Eto, ed., *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase) (Tokyo: Shinzansha, 2015), págs. 5 a 46; en especial págs. 16 y 17 (en japonés).

⁶⁴ El principio 24 de la Declaración de Estocolmo dispone lo siguiente:

“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.”

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, documento de las Naciones Unidas [A/CONF.48/14/Rev.1](#) (1972).

El principio 27 de la Declaración de Río dice así:

“Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.”

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.73.II.A.14 y corrección), cap. 1.

gestionar en común los riesgos de daño al medio ambiente... de manera de prevenir el daño en cuestión”⁶⁵.

4) Entre los instrumentos existentes, cabe citar el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985), en cuyo preámbulo se establece que las Partes son “[c]onscientes de que las medidas para proteger la capa de ozono de las modificaciones causadas por las actividades humanas requieren acción y cooperación internacionales”. Asimismo, en el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) se reconoce que “la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada [...]”, al tiempo que se reafirma “el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático”⁶⁶.

5) El artículo 8 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, sobre la obligación general de cooperar, dispone:

“Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.”

6) En su labor, la Comisión también ha reconocido la importancia de la obligación de cooperar. El proyecto de artículo 4 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001), relativo a la cooperación, dispone:

“Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.”

Además, el artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, relativo a la obligación general de cooperar, dice:

“1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.

2. A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.”

⁶⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 49, párr. 77.

⁶⁶ Véase también la sección 2 de la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), relativa a la “Cooperación mundial y regional”, que contiene disposiciones sobre: “Cooperación en el plano mundial y regional” (art. 197), “Notificación de daños inminentes o reales” (art. 198), “Planes de emergencia contra la contaminación” (art. 199), “Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos” (art. 200) y “Criterios científicos para la reglamentación” (art. 201). La sección 2 de la parte XIII de esa Convención, relativa a la “Cooperación internacional”, contiene disposiciones sobre: “Fomento de la cooperación internacional” (art. 242), “Creación de condiciones favorables” (art. 243) y “Publicación y difusión de información y conocimientos” (art. 244) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3).

7) Por último, el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, aprobado provisionalmente en primera lectura en 2014, estipula en su artículo 8 el deber de cooperar⁶⁷.

8) La cooperación puede adoptar diversas formas. El párrafo 2 del proyecto de directriz subraya, en particular, la importancia de la cooperación para aumentar los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. El párrafo 2 destaca asimismo el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

9) El preámbulo del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono establece que la acción y cooperación internacionales deben “basarse en las consideraciones científicas y técnicas pertinentes”, y el artículo 4, párrafo 1, relativo a la cooperación en las esferas jurídica, científica y tecnológica, dispone lo siguiente:

“Las Partes facilitarán y estimularán el intercambio de la información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica pertinente a los efectos de este Convenio, según se especifica en el anexo II. Esa información se proporcionará a los órganos que las Partes determinen de común acuerdo.”

El anexo II del Convenio contiene una serie detallada de temas para el intercambio de información. El artículo 4, párrafo 2, prevé la cooperación en las esferas tecnológicas, teniendo en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

10) El artículo 4, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, relativo a los compromisos, establece:

“Todas las Partes... deberán: ... e) Cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático; ... g) Promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta y de reducir o eliminar los elementos de incertidumbre que aún subsisten al respecto; h) Promover y apoyar con su cooperación el intercambio pleno, abierto y oportuno de la información pertinente de orden científico, tecnológico, técnico, socioeconómico y jurídico sobre el sistema climático y el cambio climático, y sobre las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta; i) Promover y apoyar con su cooperación la educación, la capacitación y la sensibilización del público respecto del cambio climático y estimular la participación más amplia posible en ese proceso, incluida la de las organizaciones no gubernamentales...”

11) La obligación de cooperar incluye, entre otras cosas, el intercambio de información. Al respecto, también cabe señalar que el artículo 9 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación presenta un conjunto detallado de disposiciones sobre el intercambio de datos e información. Además, el artículo 4 del Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia establece que las Partes Contratantes “intercambiarán informaciones y procederán a exámenes generales de sus políticas, sus actividades científicas y las medidas técnicas que tengan por objeto combatir en la medida de lo posible las descargas de contaminantes atmosféricos que

⁶⁷ El proyecto de artículo 8 dispone que “[d]e 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”.

puedan tener efectos perjudiciales y de esta forma reducir la contaminación atmosférica, incluida la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia”. El Convenio también contiene disposiciones detalladas sobre la cooperación en las esferas de la investigación y el desarrollo (artículo 7), los intercambios de informaciones (artículo 8) y la realización y ulterior desarrollo del programa concertado de seguimiento continuo y de evaluación del transporte a gran distancia de contaminantes atmosféricos en Europa (artículo 9). De manera análoga, el Acuerdo Marco Regional para África Oriental sobre Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Nairobi, 2008)⁶⁸ y el Acuerdo Marco Regional para África Occidental y Central sobre Contaminación Atmosférica (Acuerdo de Abidján, 2009)⁶⁹ contienen disposiciones idénticas en materia de cooperación internacional. Las partes convienen en:

“1.2 Considerar las sinergias y los beneficios colaterales de la adopción de medidas conjuntas contra la emisión de contaminantes atmosféricos y gases de efecto invernadero; 1.4 Promover el intercambio de material informativo y datos de investigaciones sobre la gestión de la calidad del aire; 1.5 Promover la cooperación regional para fortalecer las instituciones reguladoras [...]”

12) La segunda oración del proyecto de artículo 17, párrafo 4, del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos dice: “[D]icha 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”. Por su parte, el proyecto de artículo 9 del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre dispone que “[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, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos”. Además, el proyecto de artículo 10 (Cooperación para reducir el riesgo de desastres) dice que “[l]a cooperación incluirá la adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres”.

13) En el contexto de la protección de la atmósfera, la Comisión considera fundamental que se promueva el conocimiento científico de las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

⁶⁸ Once países (Burundi, Djibouti, Eritrea, Etiopía, Kenya, República Democrática del Congo, Rwanda, Somalia, Sudán, Tanzania y Uganda) suscribieron ese acuerdo marco, que puede consultarse en: http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf.

⁶⁹ Veintiún países (Angola, Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Camerún, Congo Brazzaville, Côte d'Ivoire, Chad, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Liberia, Malí, Níger, Nigeria, República Democrática del Congo, Senegal, Sierra Leona y Togo) suscribieron ese acuerdo, que puede consultarse en: http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf.

Capítulo VI Identificación del derecho internacional consuetudinario

A. Introducción

55. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario” y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood⁷⁰. En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial (A/CN.4/653)⁷¹. También en ese 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 tema⁷².

56. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/663), así como el memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/659)⁷³. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió cambiar el título del tema a “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672)⁷⁴.

57. Tras las deliberaciones sobre el segundo informe del Relator Especial, la Comisión, en su 3227ª sesión, decidió remitir los proyectos de conclusión 1 a 11, contenidos en el segundo informe del Relator Especial, al Comité de Redacción. En la 3242ª sesión de la Comisión, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional de este Comité sobre la “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, que contenía los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66º período de sesiones.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

58. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/682). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3250ª a 3254ª, celebradas del 13 al 21 de mayo de 2015.

⁷⁰ En su 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 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 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 63º período de sesiones (2011), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, págs. 305 a 314).

⁷¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párrs. 157 a 202.

⁷² *Ibid.*, párr. 159.

⁷³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 64.

⁷⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 135.

59. En su 3254ª sesión, el 21 de mayo de 2015, la Comisión remitió los proyectos de conclusión contenidos en el tercer informe del Relator Especial al Comité de Redacción⁷⁵.

⁷⁵ El texto de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/682) rezaba:

Proyecto de conclusión 3 [4]

Valoración de la prueba respecto a los dos elementos

...

2. Cada elemento se ha de determinar por separado. Por lo general, ello requiere una valoración de la prueba específica respecto de cada elemento.

Proyecto de conclusión 4 [5]

Requisito de la práctica

...

3. El comportamiento de otros actores no estatales no constituye una práctica a los efectos de la formación o la identificación del derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 11

Prueba de la aceptación como derecho

...

3. La inacción puede también servir de prueba de aceptación como derecho, siempre que las circunstancias requieran una reacción.

Quinta parte

Formas particulares de práctica y prueba

Proyecto de conclusión 12

Tratados

La disposición de un tratado puede reflejar o llegar a reflejar una norma de derecho internacional consuetudinario si se establece que tal disposición:

- a) Codifica, en el momento en que se concluye el tratado, una norma de derecho internacional consuetudinario existente;
- b) Ha llevado a la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario; o
- c) Ha dado origen a una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, al dar lugar a una práctica general aceptada como derecho.

Proyecto de conclusión 13

Resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales

Las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales pueden, en algunas circunstancias, constituir prueba del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo; no pueden, por sí mismas, constituir ese derecho.

Proyecto de conclusión 14

Jurisprudencia y doctrina

La jurisprudencia y la doctrina pueden servir de formas subsidiarias para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario.

Sexta parte

Excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario

Proyecto de conclusión 15

La costumbre particular

1. Una costumbre particular es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo puede ser invocada por ciertos Estados y contra ellos.
2. Para determinar la existencia de una costumbre particular y su contenido, es necesario comprobar si existe una práctica general entre los Estados interesados que sea aceptada como derecho por cada uno de ellos (*opinio juris*).

60. En la 3280ª sesión de la Comisión, el 29 de julio de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe de este Comité sobre la “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, que contenía los proyectos de conclusión 1 a 16 [15], aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 66º y 67º (A/CN.4/L.869)⁷⁶. En su 3288ª sesión, el 6 de agosto de 2015, la Comisión tomó nota de los proyectos de conclusión 1 a 16. Se prevé que la Comisión considere en su próximo período de sesiones la aprobación provisional de los proyectos de conclusión con sus comentarios correspondientes.

61. En su 3288ª sesión, el 6 de agosto de 2015, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando sobre la función de las decisiones de los tribunales nacionales en la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales de carácter universal a los fines de la determinación del derecho internacional consuetudinario.

1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe

62. Al presentar su tercer informe, el Relator Especial indicó que tenía por objeto abordar las cuestiones planteadas en 2014 con respecto a los dos elementos constitutivos (“una práctica general” y “aceptada como derecho (*opinio juris*)”), así como nuevas cuestiones como la costumbre particular y el objetor persistente. En el informe se proponían nuevos párrafos para tres de los proyectos de conclusión presentados en el segundo informe, así como cinco nuevos proyectos de conclusión, que se incluirían en dos nuevas partes (quinta parte, titulada “Formas particulares de la práctica y la prueba”, y sexta parte, titulada “Excepciones a la aplicación general de las normas de derecho internacional consuetudinario”).

63. El tercer informe constaba de nueve secciones. La primera era una introducción en que se recordaba la historia del tema y, en particular, la labor realizada por la Comisión durante el anterior período de sesiones, así como las deliberaciones sobre el tema en la Sexta Comisión en 2014. En la sección II del informe se volvía a analizar la relación entre la práctica general y la *opinio juris* (proyecto de conclusión 3 [4], párrafo 2). En la sección III se abordaba la función de la inacción como forma de práctica y/o prueba de la aceptación como derecho (proyecto de conclusión 11, párrafo 3). En las secciones IV y V se analizaban otras formas particulares de práctica y de prueba: en la sección IV se examinaba el papel de los tratados y las resoluciones de las organizaciones y conferencias internacionales (proyectos de conclusión 12 y 13, respectivamente), y en la sección V se analizaban dos medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario, a saber, la jurisprudencia y la doctrina (proyecto de conclusión 14). En la sección VI se abordaba la pertinencia de las organizaciones internacionales y de la práctica de los actores no estatales (proyecto de conclusión 4 [5], párrafo 3). Por último, las secciones VII y VIII del informe se ocupaban, de diferentes maneras, de la aplicación *ratione personae* de las normas de derecho internacional consuetudinario, a la que estaba dedicada la sexta parte del proyecto de conclusiones. La sexta parte comprendía dos proyectos de conclusión, sobre la costumbre particular y sobre el objetor persistente, respectivamente (proyectos de conclusión 15 y 16).

Proyecto de conclusión 16

Objetor persistente

Un Estado que ha objetado persistentemente a una nueva norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación no está obligado por ella siempre que mantenga su objeción.

⁷⁶ La declaración del Presidente del Comité de Redacción, en cuyo anexo figuran los 16 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en la dirección: <http://legal.un.org/ilc>.

64. En su introducción, el Relator Especial expresó su agradecimiento por las contribuciones y el apoyo que había recibido para la elaboración del tercer informe, así como por las comunicaciones escritas sobre el tema enviadas por varios gobiernos. Señaló que había procurado completar el conjunto de proyectos de conclusión que se incluirían en el resultado final de la labor sobre el tema, e invitó a los miembros a que indicaran cualquier cuestión que se hubiera pasado por alto. Destacó las interrelaciones entre el tema y otros temas que habían estado, y estaban, en el programa de la Comisión de Derecho Internacional y afirmó que la labor de la Comisión debía considerarse en su conjunto.

65. El Relator Especial recordó que, atendiendo a la solicitud de la Comisión, en el tercer informe había vuelto a ocuparse de la relación entre la práctica general y la *opinio juris*. En el informe concluyó que, para determinar si había surgido una norma de derecho internacional consuetudinario, era necesario en todos los casos examinar y verificar la existencia de cada elemento por separado y que, para ello, se requería por lo general una evaluación de diferentes pruebas para cada elemento. Otra cuestión era que, para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, lo que importaba era que ambos elementos estuvieran presentes, más que su orden temporal. Por último, en el informe se indicaba que podía haber una diferencia en la aplicación del enfoque basado en los dos elementos en diferentes ámbitos del derecho internacional y que, en algunos casos, una forma particular (o instancias particulares) de práctica, o pruebas particulares de aceptación como derecho, podían resultar más pertinentes que otras.

66. El Relator Especial también volvió a examinar la cuestión de la inacción, en particular su posible contribución a una práctica general y su posible función como prueba de aceptación como derecho. Hizo hincapié en que, pese a la importancia de la inacción para establecer una práctica general en algunos casos, las circunstancias en que la inacción podía ser pertinente no siempre eran evidentes. El Relator Especial añadió que la inacción podía servir de prueba de la *opinio juris* cuando las circunstancias requirieran una reacción. Ello suponía que el Estado de que se trataba tenía que haber tenido conocimiento efectivo de la práctica en cuestión, o que las circunstancias tenían que haber sido tales que consideraba que el Estado de que se trataba había tenido dicho conocimiento, y que era necesario que la inacción se prolongara durante un período de tiempo suficiente.

67. En el tercer informe se examinaron algunas formas particulares de práctica y prueba de la *opinio juris*, a saber, los tratados y las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, habida cuenta de la frecuencia con que se recurría a ellas para la identificación del derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial observó que también podían aplicarse consideraciones similares a otros textos escritos, como los elaborados por la Comisión de Derecho Internacional. En el informe se trataba de aconsejar prudencia al determinar si esos textos podían o no ser pertinentes para la identificación del derecho internacional consuetudinario, y de reiterar que debían tenerse en cuenta y sopesarse todas las circunstancias del caso. En cualquier caso, los textos escritos no podían constituir por sí mismos derecho internacional consuetudinario.

68. En cuanto a la pertinencia de los tratados y de la elaboración de los tratados, en el informe se recordaban tres maneras en que esos textos escritos podían guardar una relación con el derecho internacional consuetudinario: podían codificar el derecho vigente, cristalizar el derecho emergente o ser el origen de un nuevo derecho. En el informe también se abordaba la cuestión de la práctica de los Estados partes en convenciones multilaterales, así como la posible pertinencia de los tratados bilaterales.

69. En el informe se hacía referencia asimismo a la relevancia de las resoluciones aprobadas por los Estados en organizaciones o conferencias internacionales como

práctica de los Estados o prueba de la *opinio juris*. El Relator Especial reconoció la importante función que, en algunas circunstancias, podían desempeñar esas resoluciones en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. No podían, por sí mismas, crear derecho internacional consuetudinario, pero podían servir de prueba del derecho vigente o emergente y, de hecho, dar lugar a una práctica que podía llevar a la formación de una nueva norma. En ese proceso de evaluación, la formulación concreta utilizada en una resolución determinada era de importancia fundamental, al igual que las circunstancias que hubieran rodeado la aprobación de la resolución en cuestión.

70. En el informe también se examinaron dos medios “subsidiarios”, si bien importantes, para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario: la jurisprudencia y la doctrina. Al hablar de jurisprudencia el informe se refería a las decisiones de los tribunales y cortes internacionales y a las decisiones de los tribunales nacionales. Se destacó la importancia de las primeras. Las decisiones de los tribunales nacionales también podían tener peso, pero habían de abordarse con cierta cautela. En el informe también se reconocía que la doctrina seguía constituyendo una fuente útil de información y análisis para la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, aunque era importante distinguir entre las obras que tenían por objeto reflejar el derecho vigente (*lex lata*) y las que se presentaban como derecho emergente (*lex ferenda*).

71. En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales como tales, en el informe se recordaba la conclusión a la que se había llegado el año anterior de que, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuía a la formación, o a la expresión, de normas de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial hizo hincapié en la importancia de distinguir entre la práctica de los Estados en el seno de organizaciones internacionales y la de las propias organizaciones internacionales. También insistió en la importancia de distinguir entre la práctica de la organización relacionada con su funcionamiento interno y la práctica de la organización en sus relaciones con Estados y otras entidades. Además, se propuso abordar en los proyectos de conclusión el comportamiento de actores no estatales que no fueran organizaciones internacionales.

72. En el informe se examinó la categoría de la “costumbre particular”, que pretendía abarcar, como explicó el Relator Especial, lo que a veces se denominaban normas consuetudinarias “especiales”, “regionales”, “locales” o “bilaterales”. El Relator Especial subrayó que, dado que, por su naturaleza, la costumbre particular solo era vinculante para un número limitado de Estados, era esencial determinar claramente qué Estados habían participado en la práctica y la habían aceptado como derecho. Por consiguiente, para determinar la existencia de esa costumbre era necesario comprobar si existía una práctica general entre los Estados interesados que fuera aceptada como derecho por cada uno de ellos (*opinio juris*).

73. En el informe también se abordó la norma del objetor persistente, en virtud de la cual un Estado que hubiera objetado de forma persistente una norma emergente de derecho internacional consuetudinario, y mantuviera su objeción después de que dicha norma hubiera cristalizado, no estaba obligado por ella. El Relator Especial hizo hincapié en que la norma estaba bien establecida en la jurisprudencia, en la labor previa de la Comisión y en la doctrina. Insistió en la importancia de ocuparse de dicha norma, entre otras cosas para aclarar la rigurosidad de sus requisitos.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

74. Los miembros de la Comisión reiteraron su apoyo al enfoque basado en dos elementos seguido por el Relator Especial. Había consenso en que el resultado de la labor sobre el tema debía ser un conjunto de conclusiones prácticas y sencillas, con un comentario, al objeto de ayudar a los profesionales en la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Se aconsejó precaución para no simplificar en exceso y se señaló la conveniencia de añadir concreción a los proyectos de conclusión.

75. Hubo un intercambio de opiniones sobre el alcance del tema. Algunos miembros de la Comisión indicaron que el tema debía abordar en mayor profundidad la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Según esta opinión, el cambio en el nombre del tema no debía afectar a su enfoque. Con arreglo a otra opinión, los proyectos de conclusión debían limitarse a la cuestión de la identificación de esas normas y no entrar en la cuestión de su formación como tales. A ese respecto, se señaló que el objeto del tema era la identificación de una norma consuetudinaria en un momento preciso, sin perjuicio de la evolución futura de dicha norma. Según otro punto de vista, si bien el aspecto central del tema era la identificación, ello no impedía que se examinasen cuestiones relacionadas con la formación en la medida en que fuesen relevantes para la identificación.

b) Relación entre los dos elementos constitutivos

76. Algunos miembros de la Comisión apoyaron la conclusión de que, si bien ambos elementos tenían que estar siempre presentes, la aplicación del enfoque basado en dos elementos podía variar según los ámbitos o el tipo de norma. No obstante, se afirmó que había que mantener un criterio uniforme respecto de todos los ámbitos. Algunos miembros de la Comisión indicaron que los dos elementos no se habían aplicado de manera coherente y que convendría examinar en mayor profundidad el peso respectivo de los dos elementos en diferentes ámbitos.

77. Se apoyó la conclusión de que cada elemento debía verificarse por separado, y que, por lo general, ello requería una evaluación de pruebas específicas relativas a cada elemento. Varios miembros de la Comisión insistieron en que una evaluación por separado de los dos requisitos no significaba que el mismo material no pudiera ser prueba de ambos elementos.

78. En lo que respecta a la relación temporal entre los dos elementos de las normas consuetudinarias, se expresó la opinión de que la práctica debía preceder a la *opinio juris*, mientras que, según otro punto de vista, no había necesariamente una relación de causalidad entre ambos elementos.

c) La inacción como práctica y/o prueba de la aceptación como derecho (*opinio juris*)

79. Si bien, en general, se acogió favorablemente el análisis contenido en el tercer informe sobre la pertinencia de la inacción para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario, varios miembros de la Comisión señalaron la dificultad práctica de calificar la inacción a tal efecto. Algunos miembros señalaron la necesidad de aclarar las circunstancias específicas en que la inacción era pertinente, en especial en el contexto de la evaluación de la aceptación como derecho (*opinio juris*). Se sugirió que se indicaran en el texto del propio proyecto de conclusión los criterios específicos que debían tenerse en cuenta para calificar la inacción.

80. Los miembros de la Comisión respaldaron ampliamente los criterios enunciados en el informe para que la inacción sirviera de prueba de la aceptación como derecho.

Varios miembros indicaron que la situación debía requerir una reacción de los Estados interesados, que los Estados debían tener un conocimiento efectivo de la práctica en cuestión y que la inacción debía prolongarse durante un período de tiempo suficiente. No obstante, hubo diversidad de opiniones en cuanto a si, en ese contexto, la inacción equivalía o no a una aquiescencia. Se añadió que era importante determinar si la inacción, en un caso particular, podía equipararse a la *opinio juris*.

d) Función de los tratados y las resoluciones

81. Varios miembros de la Comisión apoyaron la conclusión a la que se llegaba en el informe sobre la función de los tratados como prueba del derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros sugirieron que se dejaran a un lado las referencias a los efectos de los tratados en la formación de normas consuetudinarias y se centrara la atención exclusivamente en su valor probatorio. Se expresó la opinión de que, a los efectos del tema, no había ninguna diferencia entre la cristalización de una norma consuetudinaria y la creación de una nueva norma mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, se sugirió que se abordara el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Algunos miembros insistieron en que no todas las disposiciones convencionales tenían la misma pertinencia como prueba de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario y que solo las disposiciones convencionales con un “carácter fundamentalmente creador de normas” podían dar lugar a esas normas.

82. Se subrayó la importancia de establecer los criterios para determinar la pertinencia de una disposición de un tratado como prueba de una norma de derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros de la Comisión afirmaron que el concepto de “Estados especialmente afectados” era inaceptable, mientras que, según una opinión, la distribución geográfica de las partes en un tratado podría servir de prueba del carácter general de una práctica.

83. Había diversidad de opiniones sobre el valor probatorio de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales o en conferencias internacionales. Según algunos miembros de la Comisión, esas resoluciones, y en particular las de la Asamblea General de las Naciones Unidas, podían considerarse, en determinadas circunstancias, fuentes de derecho internacional consuetudinario. Varios miembros de la Comisión consideraron que, en todo caso, el valor probatorio de esas resoluciones debía evaluarse con gran cautela. Se destacaron algunos elementos a tener en cuenta, como la composición de la organización, la votación y el procedimiento empleados para aprobar la resolución y el objeto de esta. También se señaló que la pertinencia de las resoluciones aprobadas en conferencias internacionales dependía de la participación de los Estados en la conferencia en cuestión.

84. Los miembros de la Comisión convinieron en general en que las resoluciones de las organizaciones y conferencias internacionales no podían en sí y por sí mismas constituir prueba suficiente de la existencia de una norma consuetudinaria. Se dijo que, en algunos casos, cabía la posibilidad de que las resoluciones constituyeran una prueba de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario. Se observó que el valor probatorio de esas resoluciones dependía de que hubiera otras pruebas que corroboraran la existencia de una práctica general y una *opinio juris*. Se señaló la necesidad de evaluar por separado si una norma contenida en una resolución se apoyaba en una práctica general aceptada como derecho (*opinio juris*) para invocar una resolución (que, no obstante, podía servir de prueba a tal efecto).

e) Jurisprudencia y doctrina

85. Los miembros de la Comisión celebraron la conclusión de que la jurisprudencia y la doctrina eran pertinentes para la identificación de normas de derecho

internacional consuetudinario. Hubo un intercambio de opiniones sobre las funciones específicas respectivas de la jurisprudencia y la doctrina. Se sugirió que no eran de la misma naturaleza y que, por tanto, debían recogerse en conclusiones distintas. También se señaló que su importancia no podía abordarse de manera general, sino que debía examinarse caso por caso.

86. Algunos miembros de la Comisión insistieron en la especial importancia de la jurisprudencia, que no podía considerarse una prueba secundaria ni subsidiaria. Varios miembros destacaron la importancia fundamental de la Corte Internacional de Justicia, mientras que otros indicaron que no podía obviarse la jurisprudencia de otros tribunales, ni el papel de los votos particulares y disidentes de los jueces internacionales. Hubo un intercambio de opiniones sobre la pertinencia de las decisiones de los tribunales nacionales. Según algunos miembros, esas decisiones debían quedar incluidas en la categoría de “jurisprudencia” a los efectos de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario. Otros miembros de la Comisión, sin embargo, consideraron que esas decisiones debían abordarse por separado y que su función debía evaluarse con cautela.

87. Se señaló que el término “doctrina” propuesto por el Relator Especial era demasiado amplio y debía especificarse. Varios miembros de la Comisión afirmaron asimismo que la selección de la doctrina pertinente no podía conllevar una preferencia por autores de regiones específicas, sino que tenía que ser universal.

88. Varios miembros afirmaron que la labor de la Comisión de Derecho Internacional, que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas al que se ha encomendado el mandato de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no podía equipararse con la doctrina o las enseñanzas de los especialistas en derecho público.

f) La relevancia de las organizaciones internacionales y los actores no estatales

89. En la Comisión se expresaron diferentes opiniones sobre la relevancia de la práctica de las organizaciones internacionales. En particular, varios miembros señalaron que esa práctica podía contribuir a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, y que había que subrayar la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en algunos ámbitos. Otros miembros insistieron en que tal cosa solo podía ocurrir si la práctica de una organización internacional reflejaba la práctica o las convicciones de sus Estados miembros o si servía para catalizar la práctica de los Estados, pero que la práctica de las organizaciones internacionales como tal no era relevante para la evaluación de una práctica general. Se dijo que el proyecto de conclusión, en su formulación escrita, no abordaba aspectos fundamentales, como la cuestión de si la inacción de las organizaciones internacionales contaba como práctica, si se requería tanto la práctica como la *opinio juris* de las organizaciones internacionales y si la norma a la que contribuye una organización internacional es vinculante únicamente para las organizaciones internacionales, únicamente para los Estados, o lo es para ambos.

90. Varios miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de conclusión propuesto por el Relator Especial según el cual el comportamiento de otros actores no estatales no constituía práctica a los efectos de la formación o la identificación. Se consideró que la expresión “otros actores no estatales” no se consideraba suficientemente clara, ya que las organizaciones internacionales estaban integradas por Estados. Algunos miembros de la Comisión consideraron que la propuesta era demasiado estricta, en particular habida cuenta de la importancia de la práctica de determinados actores no estatales, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, y de la importancia de las actividades en que participaban tanto Estados como actores no estatales.

g) La costumbre particular

91. Hubo un debate sobre la cuestión de la costumbre particular. Si bien varios miembros de la Comisión apoyaron el proyecto de conclusión propuesto por el Relator Especial, algunos miembros de la Comisión expresaron la opinión de que la cuestión no entraba dentro del alcance del tema. También surgieron cuestiones sobre la terminología más adecuada para designar esa categoría específica de normas de derecho internacional consuetudinario calificadas de costumbres “regionales”, “locales” o “particulares”. Además, se sugirió que se aclarara el concepto de “región” y que se abordara la cuestión del nexo geográfico entre las partes en una costumbre regional.

92. Se hizo hincapié en la necesidad de prestar especial atención a la importancia de la aquiescencia para la identificación de una costumbre particular. Según algunos miembros, de ello se desprendía que había un criterio más estricto para las costumbres particulares que para las costumbres generales o universales. Otros miembros, no obstante, indicaron que todas las normas del derecho internacional consuetudinario estaban sujetas a las mismas condiciones. Se dijo que, al contemplar la existencia de una costumbre particular entre un grupo ampliamente disperso de Estados sin nexo geográfico, el proyecto de conclusión abría la puerta a afirmaciones confusas respecto de la existencia de tal costumbre y se corría el riesgo de fragmentar el derecho internacional consuetudinario sin contar con base alguna en la práctica.

h) Objeto persistente

93. Hubo un amplio debate sobre la norma del objeto persistente. Varios miembros se mostraron partidarios de incluir la norma en el conjunto de proyectos de conclusión, mientras que en opinión de otros, se trataba de una teoría controvertida que no venía suficientemente respaldada por la práctica de los Estados y la jurisprudencia, y que podía llevar a la fragmentación del derecho internacional. Se sugirió que se incluyeran ejemplos concretos en el comentario para fundamentar la norma, que contaba, según algunos miembros, con una amplia aceptación en la doctrina.

94. Los miembros de la Comisión también debatieron ampliamente las condiciones de aplicación de la norma del objeto persistente, así como sus consecuencias. Algunos miembros indicaron que sería útil examinar la interacción de dicha norma con las obligaciones *erga omnes* o las normas imperativas (*jus cogens*).

i) Futuro programa de trabajo

95. En relación con el futuro programa de trabajo sobre el tema, tuvo buena acogida la sugerencia del Relator Especial de que se examinaran los medios prácticos de mejorar la disponibilidad de los materiales a partir de los cuales podía determinarse una práctica general y la aceptación como derecho. Varios miembros sugirieron también que el Relator Especial estudiara la cuestión de la evolución del derecho internacional consuetudinario en el tiempo, así como una serie de cuestiones conexas.

96. Algunos miembros de la Comisión indicaron que había que reservar tiempo suficiente para que la Comisión finalizara la labor sobre el tema, y que los avances en ese sentido no podían ir en detrimento de la calidad.

3. Observaciones finales del Relator Especial

97. El Relator Especial insistió en que el objetivo del tema era ayudar a determinar la existencia o no de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido. Esa era la tarea que tenían ante sí los jueces, árbitros y abogados que se pronunciaban sobre el derecho vigente en un momento determinado, frente a los que

se pronunciaban sobre la forma en que el derecho podía desarrollarse o ser desarrollado. No obstante, la comprensión de la forma en que surgían y evolucionaban las normas consuetudinarias formaba parte de los antecedentes del tema y se abordaría en el comentario.

98. En cuanto a las diversas cuestiones relativas a la interrelación entre los dos elementos, el Relator Especial consideraba que el aspecto temporal de la relación se refería más a la formación de las normas consuetudinarias que a su identificación, si bien era, no obstante, un aspecto importante que debía tratarse en el comentario. Por lo que respecta a la aplicación del enfoque basado en los dos elementos en diferentes ámbitos, destacó que había que tener en cuenta el contexto en que surgía la prueba y que ello requería una cuidadosa evaluación de los fundamentos de hecho de cada caso y de su importancia. Por último, en cuanto a la cuestión de la evaluación de los dos elementos por separado, el Relator Especial observó que había consenso general en la Comisión en que cada uno de los elementos había de determinarse por separado a fin de identificar normas de derecho internacional consuetudinario. La cuestión de lo que a veces se denominaba “doble cómputo” resultó ser más controvertida. A ese respecto, el Relator Especial aclaró que podía haber ocasiones en que se usara la misma prueba para verificar los dos elementos. Lo importante era que ambos elementos debían estar presentes, y que las teorías según las cuales la presencia amplia de un elemento podía compensar la ausencia del otro no eran convincentes.

99. El Relator Especial consideraba que la conclusión de que la práctica de las organizaciones internacionales como tales era relevante a los efectos de la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario no era controvertida, ya que parecía que la práctica de las organizaciones internacionales en sus relaciones entre ellas, al menos, podía dar lugar a normas consuetudinarias vinculantes en esas relaciones. Esa conclusión también era importante en el caso de las organizaciones internacionales, como la Unión Europea, que ejercían competencias en nombre de sus Estados miembros. Tal conclusión, que había sido reconocida en los trabajos anteriores de la Comisión, parecía contar con la aceptación general de los Estados. El Relator Especial insistió en que la función de las organizaciones internacionales, pese a su importancia, no era comparable a la de los Estados. En cuanto a la función de los actores no estatales, el Relator Especial indicó que esas entidades podían contribuir a la formación e identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, si bien impulsando o haciendo constar la práctica de los Estados y la práctica de las organizaciones internacionales, y no con su propio comportamiento.

100. En lo que concierne al papel de la inacción, el Relator Especial indicó que merecía seria consideración la sugerencia de que en el párrafo correspondiente del proyecto de conclusión tenía que reflejarse la esencia de las condiciones enunciadas en el informe.

101. Con respecto a la contribución de los tratados a la identificación de normas de derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial, si bien reconocía la importancia de los tratados multilaterales, consideraba que los tratados bilaterales no podían quedar excluidos de los proyectos de conclusión, a pesar de la necesidad de abordar sus efectos con especial cautela. El Relator Especial indicó asimismo que en el comentario se trataría la importancia para el tema del artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que se recogería en él la noción del “carácter fundamentalmente creador de normas”.

102. El Relator Especial observó que el proyecto de conclusión sobre las resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales no había suscitado especial controversia en el seno de la Comisión. Reconoció que su función podía expresarse de

manera más positiva, aun cuando era preciso mostrar cautela al referirse a tales resoluciones.

103. El Relator Especial indicó que era necesario seguir desarrollando el proyecto de conclusión propuesto sobre la jurisprudencia y la doctrina y que las dos fuentes debían tratarse en proyectos de conclusión distintos. Suscribió la opinión de que, en realidad, la jurisprudencia se inscribía en un proceso único de determinación de la existencia o no de una norma consuetudinaria específica. Reconoció también que los votos particulares y disidentes, si bien a su juicio no constituían jurisprudencia en el sentido del artículo 38 1) d), no carecían de importancia para el tema. El Relator Especial indicó que, por “doctrina”, entendía “la doctrina de los juristas”. Señaló asimismo que en el comentario debía hacerse referencia a la conveniencia de examinar la doctrina de juristas que representaran diferentes sistemas jurídicos del mundo.

104. El Relator Especial observó que muchos colegas habían indicado que debería haber una conclusión específica sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional. Aun cuando no estaba convencido de la necesidad de incluir una conclusión específica en lugar de explicar el papel de la Comisión en los comentarios, esperaba que el Comité de Redacción estudiase la cuestión.

105. En relación con la costumbre particular, el Relator Especial confirmó que todos los demás proyectos de conclusión eran aplicables a la costumbre particular, incluido el proyecto de conclusión sobre los tratados, salvo en la medida en que el proyecto de conclusión 15 dispusiera otra cosa. Añadió que, si bien en teoría no era necesario que hubiera un nexo geográfico entre los Estados vinculados por dicha norma, a menudo se requería en la práctica.

106. El Relator Especial observó que el proyecto de conclusión 16 sobre el objetor persistente había contado con apoyo generalizado y reconoció que había que aclararlo con una referencia a ejemplos prácticos en el comentario. Señaló que la norma del objetor persistente podía invocarse, y con frecuencia así ocurría, ante los jueces encargados de identificar el derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, era importante elaborar directrices sobre la cuestión para los profesionales, y en especial aclarar los requisitos que un Estado debía cumplir para convertirse en objetor persistente.

107. En lo que respecta al futuro programa de trabajo sobre el tema, el Relator Especial indicó que, a la luz de todo lo que se había dicho en el debate, un objetivo realista sería completar una primera lectura de los proyectos de conclusión y los comentarios antes de que concluyera el 68º período de sesiones (2016). La cuestión sería entonces encontrar la forma de dividir los trabajos entre el actual período de sesiones y el siguiente. Dada la importancia de los comentarios, parecía apropiado proceder en dos etapas. En primer lugar, si el Comité de Redacción pudiera concluir su labor en el actual período de sesiones y aprobar provisionalmente un conjunto completo de proyectos de conclusión (sin perjuicio de las disposiciones y sugerencias adicionales que pudieran surgir como resultado de las deliberaciones sobre un cuarto informe), el Relator Especial tendría entonces tiempo de preparar proyectos de comentario sobre todas las conclusiones antes de que comenzara el período de sesiones de 2016. Así, los miembros dispondrían de tiempo suficiente para examinar detenidamente los proyectos de comentario y cabría esperar que la Comisión pudiera aprobar en primera lectura el conjunto completo de proyectos de conclusión con los comentarios antes del término de su período de sesiones de 2016.

Capítulo VII

Crímenes de lesa humanidad

A. Introducción

108. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema “Crímenes de lesa humanidad” en su programa de trabajo a largo plazo⁷⁷, tomando como base la propuesta presentada por el Sr. Sean D. Murphy, recogida en el anexo B del informe de la Comisión sobre la labor de ese período de sesiones⁷⁸. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013, tomó nota de la inclusión de este tema en el programa a largo plazo de la Comisión.

109. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y designó Relator Especial para el tema al Sr. Sean D. Murphy⁷⁹. Posteriormente, la Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

110. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/680), que fue examinado en las sesiones 3254ª a 3258ª, del 21 al 28 de mayo de 2015⁸⁰.

111. En su primer informe el Relator Especial, tras evaluar las posibles ventajas de elaborar una convención sobre los crímenes de lesa humanidad (sección II), presentó un resumen general de los antecedentes sobre los crímenes de lesa humanidad (sección III) y examinó algunos aspectos de las convenciones multilaterales en vigor que promueven la prevención, la tipificación y la cooperación interestatal con respecto a esos crímenes (sección IV). Además, el Relator Especial examinó la obligación general recogida en varios regímenes convencionales de que los Estados prevengan y sancionen esos crímenes (sección V); así como la definición de “crímenes de lesa humanidad” a los efectos del tema (sección VI). El informe contenía también información sobre el programa de trabajo futuro sobre el tema (sección VII). El Relator Especial propuso dos proyectos de artículo correspondientes a las cuestiones abordadas en las secciones V y VI, respectivamente⁸¹.

112. En su 3258ª sesión, el 28 de mayo de 2015, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 y 2 que figuraban en el primer informe del Relator Especial.

113. En su 3263ª sesión, el 5 de junio de 2015, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 2, 3 y 4 (véase la sección C.1 *infra*).

⁷⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 169 y 170.

⁷⁸ *Ibid.*, anexo B.

⁷⁹ *Ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), párr. 266.

⁸⁰ Véanse las actas resumidas provisionales de las sesiones 3254ª a 3258ª (documentos A/CN.4/SR.3254, A/CN.4/SR.3255, A/CN.4/SR.3256, A/CN.4/SR.3257 y A/CN.4/SR.3258).

⁸¹ Véase el primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad, documento A/CN.4/680 (proyecto de artículo 1: “Prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad” y proyecto de artículo 2: “Definición de crímenes de lesa humanidad”).

114. En sus sesiones 3282^a a 3284^a los días 3 y 4 de agosto de 2015, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

115. En su 3282^a sesión, el 3 de agosto de 2015, la Comisión pidió a la secretaría que preparase un memorando con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que puedan ser de relevancia para su futura labor sobre el presente tema⁸².

C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

1. Texto de los proyectos de artículo

116. A continuación figura el texto de los proyectos de artículo aprobados por la Comisión en su 67º período de sesiones:

Artículo 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Artículo 2

Obligación general

Los crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

Artículo 3

Definición de crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

⁸² Esta cuestión se planteó en el debate celebrado en el pleno de la Comisión, en mayo de 2015, sobre el primer informe del Relator Especial, así como en julio de 2015, en el transcurso de una visita del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de *apartheid*;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) Por “el crimen de *apartheid*” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el

paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional.

Artículo 4 ***Obligación de prevención***

1. Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas:

a) Adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control; y

b) Cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como un conflicto armado, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad⁸³.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

117. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones.

Artículo 1 **Ámbito de aplicación**

El presente proyecto de artículos se aplica a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 establece el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos indicando que se aplica tanto a la prevención como a la sanción de los crímenes de lesa humanidad. La prevención de los crímenes de lesa humanidad se centra en impedir que se cometan tales delitos, mientras que la sanción de los crímenes de lesa humanidad se centra en las actuaciones penales abiertas contra las personas tras la comisión de tales delitos o cuando se están cometiendo.

2) El presente proyecto de artículos se centra exclusivamente en los crímenes de lesa humanidad, que son crímenes internacionales graves allá donde se cometan. No se ocupa de otros delitos internacionales graves, como el genocidio, los crímenes de guerra o el crimen de agresión. Si bien se ha dicho que este tema podría incluir también esos delitos, la Comisión decidió centrarse en los crímenes de lesa humanidad.

⁸³ La ubicación de este párrafo se decidirá ulteriormente.

3) Asimismo, con el presente proyecto de artículos se evitará cualquier conflicto con los tratados en vigor pertinentes. Por ejemplo, se evitarán conflictos con tratados relativos a la prescripción de los delitos, los refugiados, las desapariciones forzadas y otros asuntos relacionados con los crímenes de lesa humanidad. A su debido tiempo se considerarán uno o varios proyectos de artículos para abordar esos conflictos.

4) Del mismo modo, el presente proyecto de artículos evitará conflictos con las obligaciones que incumban a los Estados en virtud de los instrumentos constitutivos de las cortes o tribunales penales internacionales o “híbridos” (que combinan elementos del derecho internacional y del derecho nacional), como la Corte Penal Internacional. Mientras que el Estatuto de Roma⁸⁴ de la Corte Penal Internacional regula las relaciones entre dicha Corte y sus Estados partes (una relación “vertical”), el presente proyecto de artículos se centrará en la aprobación de legislación interna y en la cooperación entre Estados (una relación “horizontal”). En la parte IX del Estatuto de Roma, titulada “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”, se da por sentado que la cooperación entre Estados en relación con los delitos que entran en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional seguirá existiendo sin perjuicio del Estatuto de Roma, pero no se ocupa por sí mismo de la regulación de esa cooperación. El presente proyecto de artículos abordará la cooperación entre Estados para prevenir los crímenes de lesa humanidad, así como para investigar, detener, enjuiciar, extraditar y sancionar en el ámbito del derecho interno a las personas que cometan tales delitos, un objetivo compatible con el Estatuto de Roma. En ese sentido, el presente proyecto de artículos contribuirá a la aplicación del principio de complementariedad. Por último, los instrumentos constitutivos de cortes o tribunales penales internacionales o híbridos se ocupan del enjuiciamiento de los autores de delitos que entran dentro de su competencia, pero no de las medidas que deben tomar los Estados para prevenir esos delitos antes de que se cometan o mientras que se estén cometiendo.

Artículo 2

Obligación general

Los crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 enuncia una obligación general de los Estados de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad. El contenido de esta obligación general se detallará en las diversas obligaciones más específicas establecidas en los siguientes proyectos de artículo, empezando por el proyecto de artículo 4. En esas obligaciones específicas se examinarán medidas que los Estados deberán adoptar en el seno de sus ordenamientos jurídicos, así como la cooperación con otros Estados, con las organizaciones intergubernamentales pertinentes y, en su caso, con otras organizaciones.

2) Al expresar esta obligación general, el proyecto de artículo 2 reconoce que los crímenes de lesa humanidad son “crímenes según el derecho internacional”. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional establecido en Nuremberg⁸⁵ incluyó los “crímenes de lesa humanidad” como parte de la competencia del Tribunal. Entre otras

⁸⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, pág. 3 (en adelante, “el Estatuto de Roma”).

⁸⁵ Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo y Estatuto del Tribunal Militar Internacional, art. 6 c), hecho en Londres el 8 de agosto de 1945, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279 (en adelante, “el Estatuto de Nuremberg”).

cosas, el Tribunal señaló que “las personas pueden ser sancionadas por vulnerar el derecho internacional. Los delitos contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo sancionando a las personas que cometen tales delitos se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”⁸⁶. Los crímenes de lesa humanidad también entraban dentro de la competencia del Tribunal de Tokio⁸⁷.

3) Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Nuremberg fueron señalados y reafirmados en 1946 por la Asamblea General⁸⁸, que también encargó a la Comisión de Derecho Internacional que “formul[ara]” los principios del Estatuto de Nuremberg y preparara un proyecto de código en materia de delitos⁸⁹. En 1950 la Comisión elaboró los “Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg”, en los que se decía que los crímenes de lesa humanidad eran “sancionables como crímenes según el derecho internacional”⁹⁰. Asimismo, la Comisión finalizó en 1954 un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que incluía en su artículo 2, párrafo 11, una serie de actos inhumanos que en la actualidad se consideran crímenes de lesa humanidad y afirmaba en su artículo 1 que “[l]os delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables”⁹¹.

4) La consideración de los crímenes de lesa humanidad como “crímenes según el derecho internacional” indica que existen como crímenes con independencia de que la conducta haya sido tipificada o no en el derecho interno. El Estatuto de Nuremberg definió los crímenes de lesa humanidad como la comisión de determinados actos, “constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”⁹². En 1996, la Comisión completó un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que disponía, entre otras cosas, que los crímenes de lesa humanidad eran “crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional”⁹³. No cabe duda de la gravedad de esos crímenes; la Comisión ha indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está claramente aceptada y reconocida como norma imperativa de derecho internacional⁹⁴.

⁸⁶ Sentencia del 30 de septiembre de 1946, Tribunal Militar Internacional, en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 22 (1947), pág. 466.

⁸⁷ Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, art. 5 c), hecho en Tokio el 19 de enero de 1946 (en su versión modificada el 26 de abril de 1946), 4 Bevans 20. No obstante, nadie fue declarado culpable de este crimen por dicho Tribunal.

⁸⁸ *Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

⁸⁹ *Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947.

⁹⁰ *Anuario...*, 1950 (en inglés), vol. II, pág. 376, párr. 109 (principio VI).

⁹¹ *Anuario...*, 1954 (en inglés), vol. II, pág. 150, art. 1.

⁹² Estatuto de Nuremberg, nota 85 *supra*, art. 6 c).

⁹³ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50 (art. 1). El Proyecto de Código de 1996 contenía cinco categorías de crímenes, una de las cuales estaba constituida por los crímenes de lesa humanidad.

⁹⁴ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 5) (comentario al proyecto de artículo 26 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos) (se sostiene que esas “normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de [...] delitos contra la humanidad [...]); véase también Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, documento A/CN.4/L.682, párr. 374 (13 de abril de 2006), en su versión corregida

5) El proyecto de artículo 2 también identifica los crímenes de lesa humanidad como crímenes según el derecho internacional, “cometidos o no en tiempo de conflicto armado”. La referencia al “conflicto armado” debe interpretarse en el sentido de que abarcan los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. La definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Nuremberg, en su versión modificada por el Protocolo de Berlín⁹⁵, estaba vinculada a la existencia de un conflicto armado internacional; los actos solo constituían crímenes según el derecho internacional si se cometían “en ejecución de” aquellos crímenes que fueran competencia del Tribunal Militar Internacional “o en relación con” dichos crímenes, es decir, los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. Por tanto, la justificación para ocuparse de cuestiones que tradicionalmente entraban dentro de la competencia nacional de un Estado se basaba en la conexión del delito con un conflicto interestatal. Esta conexión, a su vez, sugería la comisión de crímenes atroces en gran escala, tal vez como parte de un patrón de conducta⁹⁶. El Tribunal Militar Internacional, encargado de juzgar a los altos dirigentes políticos y militares del Tercer Reich, condenó a varios acusados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra, aunque en algunos casos la relación de esos crímenes con otros delitos que entraban dentro de la competencia del Tribunal era tenue⁹⁷.

6) En cambio, los “Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg” elaborados por la Comisión en 1950 definían los crímenes de lesa humanidad en el principio VI c) de una manera que no exigía ninguna conexión con un conflicto armado⁹⁸. En su comentario a este principio, la Comisión hizo hincapié en que el delito no tiene que cometerse necesariamente durante una guerra, si bien mantuvo que los crímenes anteriores a la guerra deben tener conexión con un crimen contra la paz⁹⁹. Al mismo tiempo, la Comisión sostuvo que “ciertos actos pueden ser crímenes de lesa humanidad aunque su autor los cometa contra su propia población”¹⁰⁰. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 hacía referencia en su artículo 1 b) a “[l]os crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las

por el documento [A/CN.4/L.682/Corr.1](#) (11 de agosto de 2006) (que sitúa los crímenes de lesa humanidad como una de “las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*”).

⁹⁵ Protocolo de Rectificación de Discrepancias en el Texto del Estatuto, hecho en Berlín el 6 de octubre de 1945, publicado en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 1 (1947), págs. 17 y 18 (en adelante, “el Protocolo de Berlín”). El Protocolo de Berlín sustituyó un punto y coma tras las palabras “antes de la guerra o durante la misma” por una coma, a fin de armonizar los textos en francés e inglés con el texto en ruso. *Ibid.*, pág. 17. Ello tuvo por efecto vincular la primera parte de la disposición con la parte final (“en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con estos”) y, por lo tanto, con la existencia de un conflicto armado internacional.

⁹⁶ Véase Comisión de las Naciones Unidas Encargada de Investigar los Crímenes de Guerra, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty’s Stationery Office, 1948), pág. 179 (“Solo los delitos que, por su magnitud y crueldad o por sus grandes proporciones, o por seguir un mismo patrón aplicado en diferentes momentos y lugares, hubieran puesto en peligro a la comunidad internacional o sacudido la conciencia de la humanidad justificaban la intervención de Estados distintos de aquel en cuyo territorio se hubieran realizado los actos, o cuyos súbditos fueran las víctimas”).

⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párr. 576 (donde se observa el tenue vínculo que existía entre los crímenes de lesa humanidad cometidos por Baldur von Schirach y los demás delitos que entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional) (en adelante, causa *Kupreškić* de 2000).

⁹⁸ *Anuario...*, 1950 (en inglés), vol. II, pág. 377, párr. 119.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 123.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 124.

resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I), de 13 de febrero de 1946, y 95 (I), de 11 de diciembre de 1946 [...]”¹⁰¹.

7) La competencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia comprendía los “crímenes de lesa humanidad”. El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que el tribunal tendrá competencia para enjuiciar a las personas responsables de una serie de actos (tales como asesinatos, torturas o violaciones) “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional”¹⁰². Así pues, en la formulación utilizada en el artículo 5 se mantuvo una conexión con los conflictos armados, si bien se entiende mejor teniendo presente su contexto. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se elaboró en 1993 en el entendimiento de que en la ex-Yugoslavia existía de hecho un conflicto armado; el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ya había determinado que la situación constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, lo que dio lugar a que el Consejo ejerciera las facultades de acción coercitiva previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Así, la formulación utilizada en el artículo 5 (“conflicto armado”) fue concebida fundamentalmente para disipar la noción de que los crímenes de lesa humanidad tenían que estar vinculados con un “conflicto armado internacional”. En la medida en que esta formulación pudiera dar a entender que el derecho internacional consuetudinario exige un nexo con los conflictos armados, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia aclaró posteriormente que “no había base lógica o jurídica” para mantener la necesidad de una relación con los conflictos armados, ya que “se ha abandonado” en la práctica de los Estados desde Nuremberg¹⁰³. La Sala de Apelaciones también observó que la “obsolescencia del requisito del vínculo se pone de manifiesto en las convenciones internacionales sobre el genocidio y el *apartheid*, que prohíben determinados tipos de crímenes de lesa humanidad, con independencia de cualquier relación con los conflictos armados”¹⁰⁴. De hecho, la Sala de Apelaciones mantuvo posteriormente que esa conexión en el Estatuto del Tribunal se limitaba simplemente a circunscribir la competencia *ratione materiae* del Tribunal, y no suponía una codificación del derecho internacional consuetudinario¹⁰⁵.

8) En 1994 el Consejo de Seguridad estableció el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y le confirió competencia para conocer de “crímenes de lesa humanidad”. Aunque el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda reprodujo la misma serie de actos que figuraban en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el encabezamiento del texto no se mantuvo la

¹⁰¹ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, hecha en Nueva York el 26 de noviembre de 1968, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 754, pág. 73. A agosto de 2015, 55 Estados eran parte en esta Convención. Para una convención regional de carácter similar, véase el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1974, Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 82. A agosto de 2015, 8 Estados eran parte en este convenio.

¹⁰² *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia*, resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993, documento S/RES/827, art. 5.

¹⁰³ *Prosecutor v. Tadić*, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, párr. 140.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2001, párr. 33 (en adelante, causa *Kordić* de 2001); y *Prosecutor v. Tadić*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, párrs. 249 a 251 (en adelante, causa *Tadić* de 1999) (“El requisito del conflicto armado se cumple demostrando que *existía* un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto requiere, con lo que demanda más de lo que exige el derecho internacional consuetudinario.”).

referencia a los conflictos armados¹⁰⁶. Del mismo modo, el artículo 7 del Estatuto de Roma, aprobado en 1998, no mantuvo ninguna referencia a los conflictos armados.

9) Así, mientras que las primeras definiciones de crímenes de lesa humanidad exigían que los actos subyacentes se llevaran a cabo en relación con un conflicto armado, esa conexión ha desaparecido de los estatutos de las cortes y los tribunales penales internacionales contemporáneos, incluido el Estatuto de Roma. En su lugar, tal y como se comenta en relación con el proyecto de artículo 3 *infra*, hay unos requisitos “generales” conforme a los cuales es necesario que el crimen se haya cometido en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil para promover la política de un Estado o una organización encaminada a cometer un ataque de esa índole.

Artículo 3 **Definición de crímenes de lesa humanidad**

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de *apartheid*;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

¹⁰⁶ *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda*, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, documento S/RES/955, anexo, art. 3; véase *Semanza v. Prosecutor*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. ICTR-97-20-A, 20 de mayo de 2005, párr. 269 (“[...] a diferencia del artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda no exige que se cometan los crímenes en el contexto de un conflicto armado. Se trata de una distinción importante.”).

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) Por “el crimen de *apartheid*” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional.

Comentario

1) Los tres primeros párrafos del proyecto de artículo 3 establecen, a los efectos del presente proyecto de artículos, una definición de “crimen de lesa humanidad”. El texto de estos tres párrafos reproduce literalmente el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma, con la excepción de tres cambios no sustantivos (que se exponen más abajo), necesarios dado el diferente contexto en que se usa la definición. El párrafo 4 del proyecto de artículo 3 es una cláusula “sin perjuicio” que indica que esta definición no afecta a cualquier otra definición más amplia prevista en los instrumentos internacionales o la legislación nacional.

Definiciones de otros instrumentos

2) Desde 1945 se han venido utilizando diversas definiciones de “crímenes de lesa humanidad”, tanto en instrumentos internacionales como en la legislación nacional que ha tipificado el delito. El Estatuto de Nuremberg definía los “crímenes de lesa humanidad” como:

“El asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil antes de la guerra o durante la misma, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con estos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.”¹⁰⁷

3) En cambio, el principio VI c) de los “Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg” elaborados por la Comisión en 1950 definía los crímenes de lesa humanidad como: “El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una 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”¹⁰⁸.

4) Asimismo, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión en 1954 identificó como uno de esos delitos: “Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”¹⁰⁹.

5) El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia afirmó que el Tribunal “tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables” de una serie de actos (tales como asesinatos, torturas o violaciones) “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional [...]”¹¹⁰. Aunque el informe del Secretario General de las Naciones Unidas proponía que este artículo indicara que los crímenes de lesa humanidad “son actos inhumanos de carácter gravísimo [...] cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales,

¹⁰⁷ Estatuto de Nuremberg, nota 85 *supra*, art. 6 c).

¹⁰⁸ *Anuario...*, 1950 (en inglés), vol. II, pág. 377, párr. 119.

¹⁰⁹ *Anuario...*, 1954 (en inglés), vol. II, pág. 150, párr. 49 (art. 2.11).

¹¹⁰ *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia*, nota 102 *supra*, art. 5.

políticas, étnicas, raciales o religiosas”¹¹¹, no se incluyó esa redacción precisa en el texto del artículo 5.

6) En cambio, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda de 1994, en su artículo 3, mantuvo la misma serie de actos, pero la redacción general introdujo la formulación del informe del Secretario General de 1993 “crímenes [...], cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil” y acto seguido añadió “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas [...]”¹¹². Así pues, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda dispuso expresamente que era necesaria una intención discriminatoria para establecer el delito. El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también definió los “crímenes de lesa humanidad” como una serie de actos específicos de “comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización o grupo”, pero no incluía la formulación de la intención discriminatoria¹¹³. Los crímenes de lesa humanidad también han sido definidos en el ámbito de competencia de cortes o tribunales penales híbridos¹¹⁴.

7) El artículo 5, párrafo 1 b), del Estatuto de Roma incluye los crímenes de lesa humanidad dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional¹¹⁵. El artículo 7, párrafo 1, define el “crimen de lesa humanidad” como cualquiera de una serie de actos “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”¹¹⁶. El artículo 7, párrafo 2, contiene una serie de definiciones que, entre otras cosas, aclaran que por ataque contra una población civil “se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”¹¹⁷. El artículo 7, párrafo 3, dispone que “se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede”¹¹⁸. El artículo 7 no mantiene la vinculación con un conflicto armado que caracterizaba al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ni el requisito de la intención discriminatoria recogidos en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (salvo en el caso de los actos de persecución)¹¹⁹.

8) La definición de “crimen de lesa humanidad” que contiene el artículo 7 del Estatuto de Roma ha sido aceptada por más de 120 Estados partes en el Estatuto de Roma y es utilizada en la actualidad por muchos Estados cuando aprueban o modifican su legislación nacional. La Comisión estimó que el artículo 7 del Estatuto

¹¹¹ Consejo de Seguridad, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento S/25704, pág. 13, párr. 48.

¹¹² *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda*, nota 106 *supra*, anexo, art. 3.

¹¹³ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18.

¹¹⁴ Véanse, por ejemplo, el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (con el Estatuto), hecho en Freetown el 16 de enero de 2002, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, págs. 137 y ss., en especial pág. 145; y “The Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea”, art. 5, 27 de octubre de 2004; puede consultarse en: http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf (última visita el 22 de junio de 2015).

¹¹⁵ Estatuto de Roma, nota 84 *supra*.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Véase, *ibid.*, art. 7, párr. 1 h).

de Roma constituía una base adecuada para definir esos delitos en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3. Ciertamente, se reproduce literalmente el texto del artículo 7, con excepción de tres cambios que no tienen carácter sustantivo y que son necesarios habida cuenta del contexto diferente en que se utiliza la definición. En primer lugar, la frase inicial del párrafo 1 dice “A los efectos del presente proyecto de artículos” en lugar de “A los efectos del presente Estatuto”. En segundo lugar, se ha introducido el mismo cambio en la frase inicial del párrafo 3. En tercer lugar, en el artículo 7, párrafo 1 h), del Estatuto de Roma se tipifican los actos de persecución cuando se realizan “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”. También en este caso, para adaptarla al contexto diferente, esa frase dice en el proyecto de artículo 3 “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra”. En un momento dado, la Corte Penal Internacional podría tener competencia para enjuiciar el crimen de agresión cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Conferencia de Kampala, en cuyo caso puede que sea necesario volver a examinar el párrafo.

Párrafos 1 a 3

9) La definición de “crímenes de lesa humanidad” establecida en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3 contiene tres requisitos generales que merecen cierto análisis. Estos requisitos, que aparecen íntegramente en el párrafo 1, han sido aclarados en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de otras cortes y tribunales internacionales o híbridos. La definición también enumera los actos prohibidos subyacentes que constituyen crímenes de lesa humanidad y detalla varios términos usados dentro de la definición, lo que da lugar a definiciones dentro de la definición. Sin duda, la jurisprudencia que vayan creando la Corte Penal Internacional y otras cortes y tribunales internacionales o híbridos seguirá ayudando a informar a las autoridades nacionales, incluidos los tribunales, del sentido de esta definición, lo que a su vez promoverá criterios armonizados a escala nacional. La Comisión observa que sigue creándose, con el paso del tiempo, jurisprudencia pertinente, de suerte que el análisis que figura más abajo solo pretende señalar algunos de los parámetros de estos términos a 2015.

“Ataque generalizado o sistemático”

10) El primer requisito general es que los actos han de cometerse como parte de un ataque “generalizado o sistemático”. Este requisito apareció por primera vez en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda¹²⁰, aunque en algunas decisiones el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que el requisito estaba implícito incluso en su Estatuto, habida cuenta de la inclusión de esas palabras en el informe del Secretario General en que se proponía dicho Estatuto¹²¹. La

¹²⁰ A diferencia de la versión en inglés, la versión en francés del artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utilizó una formulación conjuntiva (“*généralisée et systématique*”). En la causa *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia indicó lo siguiente: “En la versión original en francés del Estatuto, esos requisitos se habían redactado de manera acumulativa [...], lo que elevó significativamente el umbral para la aplicación de esta disposición. Puesto que el derecho internacional consuetudinario exige únicamente que el ataque sea generalizado o sistemático, hay suficientes motivos para suponer que la versión en francés adolece de un error en la traducción”. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, fallo, Sala de Primera Instancia I, causa núm. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 579, nota 144 (en adelante, causa *Akayesu* de 1998).

¹²¹ *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 202 (en adelante, causa *Blaškić* de 2000); *Prosecutor v. Tadić*, opinión y fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997, párr. 648 (en adelante, causa *Tadić* de 1997).

jurisprudencia de ambos Tribunales estableció que las condiciones de “generalizado” y “sistemático” eran requisitos disyuntivos en lugar de conjuntivos; podía cumplirse cualquiera de esas dos condiciones para establecer la existencia del crimen¹²². Esta interpretación del requisito de que el ataque sea generalizado/sistemático también se refleja en el comentario de la Comisión sobre el Proyecto de Código de Crímenes de 1996, en el que afirmó que “un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos [de carácter sistemático o de escala]”¹²³.

11) Cuando se examinó esta norma a los efectos del Estatuto de Roma, algunos Estados expresaron la opinión de que las condiciones “generalizado” y “sistemático” debían ser requisitos conjuntivos (ambos debían estar presentes para establecer la existencia del crimen), porque, de lo contrario, la norma incluiría demasiados supuestos¹²⁴. De hecho, según esos Estados, si la comisión “generalizada” de actos fuese suficiente por sí sola, oleadas espontáneas de crímenes generalizados, pero no relacionados entre sí, constituirían crímenes de lesa humanidad. Debido a esa preocupación, se llegó a una solución de compromiso que consistía en mantener esas condiciones con carácter disyuntivo¹²⁵, pero añadiendo en el artículo 7, párrafo 2 a), una definición de “ataque”, que, como se indica a continuación, contiene un elemento de política.

12) Según la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, “el adjetivo ‘generalizado’ se refiere al carácter a

¹²² Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Mrkšić*, fallo, Sala de Primera Instancia II, causa núm. IT-95-13/1-T, 27 de septiembre de 2007, párr. 437 (en adelante, causa *Mrkšić* de 2007) (“[E]l ataque debe ser generalizado o sistemático, siendo los requisitos disyuntivos y no acumulativos.”); *Prosecutor v. Kayishema*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 123 (en adelante, causa *Kayishema* de 1999) (“El ataque debe responder a una de las condiciones alternativas de ser generalizado o sistemático.”); causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 579; y causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 648 (“Si se concluye que hubo generalización [...] o sistematismo [...], se cumple este requisito.”).

¹²³ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 52. Véanse también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 22 (A/50/22)*, párr. 78 (Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional) (“los elementos que habría de tener en cuenta la definición de los crímenes de lesa humanidad: que estos crímenes [...] normalmente constituían ataques generalizados o sistemáticos.”) (sin cursiva en el original); *Anuario...*, 1995, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 90 (“las nociones de violaciones ‘sistemáticas’ y ‘masivas’ eran elementos complementarios de los crímenes considerados.”); *Anuario...*, 1994, vol. II (segunda parte), pág. 42 (“la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas.”) (sin cursiva en el original); y *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112 (“basta con que esté presente uno de esos caracteres, el sistemático o el masivo, en cualquiera de los actos enumerados [...] para que exista la infracción.”).

¹²⁴ Véase Naciones Unidas, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, documento *A/CONF.183/13 (vol. II)*, págs. 162 y 163 (India); *ibid.*, pág. 165 (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia); *ibid.*, pág. 166 (Tailandia, Egipto); *ibid.*, pág. 167 (República Islámica del Irán); *ibid.*, pág. 169 (Turquía); *ibid.*, pág. 170 (Federación de Rusia); *ibid.*, pág. 171 (Japón).

¹²⁵ La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha afirmado que los requisitos de que sea “generalizado” y “sistemático”, presentes en el artículo 7 del Estatuto de Roma, son disyuntivos. Véase *Decisión con arreglo al artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenya*, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 94 (en adelante, *Decisión de relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*); véase también *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, decisión con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma sobre los cargos, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 82 (en adelante, causa *Bemba* de 2009).

gran escala del ataque y al número de víctimas”¹²⁶. Así pues, este requisito se refiere a una “multiplicidad de víctimas”¹²⁷ y excluye los actos aislados de violencia¹²⁸, como el asesinato perpetrado contra víctimas individuales por parte de personas que actúen por su propia voluntad y no en el marco de una iniciativa más amplia. Al mismo tiempo, un solo acto cometido por un autor individual puede constituir un crimen de lesa humanidad en caso de que se produzca en el contexto de una campaña más amplia¹²⁹. No hay una cifra mínima concreta de víctimas que deba alcanzarse para que un ataque sea “generalizado”.

13) El carácter “generalizado” también puede tener una dimensión geográfica, de modo que el ataque se produzca en diferentes lugares¹³⁰. Así, en la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional consideró que había pruebas suficientes para determinar que un ataque había sido “generalizado” sobre la base de los informes de ataques en diversos lugares en una amplia zona geográfica, incluidas las pruebas de miles de violaciones, fosas comunes y un gran número de víctimas¹³¹. Ahora bien, no se requiere una zona geográfica amplia; el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que el ataque puede llevarse a cabo en una zona geográfica pequeña contra un gran número de civiles¹³².

14) En su *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional indicó que “[l]a evaluación no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, sino que debe llevarse a cabo sobre la base de los hechos concretos”¹³³. Un ataque puede ser generalizado debido al efecto

¹²⁶ *Prosecutor v. Kunarac*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-96-23-T, 22 de febrero de 2001, párr. 428 (en adelante, causa *Kunarac* de 2001); véanse *Prosecutor v. Katanga*, fallo, Sala de Primera Instancia II, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párr. 1123 (en adelante, causa *Katanga* de 2014); *Prosecutor v. Katanga*, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión relativa a la confirmación de los cargos, ICC-01/04-01/07, 26 de septiembre de 2008, párr. 394 (en adelante, causa *Katanga* de 2008); *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, fallo, Sala de Primera Instancia I, causa núm. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, párrs. 545 y 546; y *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, párr. 94 (en adelante, causa *Kordić* de 2004).

¹²⁷ Causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 83; causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 123; causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 580; *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18 (donde se utiliza la expresión “en gran escala” en lugar de “generalizado”); véase también causa *Mrkšić* de 2007, nota 122 *supra*, párr. 437 (“[G]eneralizado’ hace referencia a un ataque realizado a gran escala y al número de víctimas.”). En la causa *Prosecutor v. Ntaganda*, decisión con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma relativa a los cargos del Fiscal contra Bosco Ntaganda, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014, párr. 24 (en adelante, causa *Ntaganda* de 2014), la Sala estimó que el ataque contra la población civil era generalizado, “puesto que causó un elevado número de víctimas civiles”.

¹²⁸ Véanse *Prosecutor v. Ntaganda*, decisión relativa a la solicitud del Fiscal con arreglo al artículo 58, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-01/04-02/06, 13 de julio de 2012, párr. 19 (en adelante, causa *Ntaganda* de 2012); y *Prosecutor v. Harun*, decisión relativa a la solicitud del Fiscal con arreglo al artículo 58, párrafo 7, del Estatuto, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-02/05-01/07, 27 de abril de 2007, párr. 62 (en adelante, causa *Harun* de 2007); véanse también *Prosecutor v. Rutaganda*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999, párrs. 67 a 69; causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párrs. 122 y 123; *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; y *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

¹²⁹ Causa *Kupreškić* de 2000, nota 97 *supra*, párr. 550; causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 649.

¹³⁰ Véanse, por ejemplo, causa *Ntaganda* de 2012, nota 128 *supra*, párr. 30; y *Prosecutor v. Ruto*, decisión relativa a la confirmación de los cargos con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-01/09-01/11, 23 de enero de 2012, párr. 177 (en adelante, causa *Ruto* de 2012).

¹³¹ Causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párrs. 117 a 124.

¹³² Causa *Kordić* de 2004, nota 126 *supra*, párr. 94; causa *Blaškić* de 2000, nota 121 *supra*, párr. 206.

¹³³ *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párrs. 95 y 96.

acumulativo de múltiples actos inhumanos o al resultado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud¹³⁴.

15) Al igual que el término “generalizado”, el término “sistemático” excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí¹³⁵, y la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional refleja una visión similar de lo que se entiende por ese término. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia definió el término “sistemático” como “el carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”¹³⁶ y estableció que la prueba de un patrón o plan metódico determinaba que un ataque fuera sistemático¹³⁷. Así, la Sala de Apelaciones confirmó en la causa *Kunarac* que “los patrones criminales, a saber, la repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar, son una expresión común de ese carácter sistemático”¹³⁸. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha adoptado un criterio similar¹³⁹.

16) En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Harun* que “sistemático” se refiere al “carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”¹⁴⁰. Una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Katanga* que el término “se ha interpretado como un plan organizado en cumplimiento de una política común, que sigue un patrón regular y da lugar a una constante comisión de actos, o como ‘patrones criminales’, de modo que los crímenes constituyen una ‘repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar’”¹⁴¹. Al aplicar la norma, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Ntaganda* que el ataque había sido sistemático puesto que “los autores habían empleado medios y métodos similares para atacar las distintas localidades, a saber, se aproximaban a los objetivos simultáneamente, en gran número y desde diferentes direcciones, atacaban las aldeas con armas pesadas y perseguían sistemáticamente a la población con métodos similares, registrando casa por casa, buscando entre los matorrales, quemando todos los inmuebles y realizando saqueos”¹⁴². Asimismo, en la decisión relativa a la confirmación de los cargos en la causa *Ntaganda*, una Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que el ataque había sido sistemático, puesto que había seguido un “patrón regular” con un “*modus operandi* recurrente, que incluía el levantamiento de barricadas, la colocación de minas terrestres y la coordinación en la

¹³⁴ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 52; véase también causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 83 (en la que se determinó que el carácter generalizado “entraña un ataque llevado a cabo en una extensa zona geográfica o un ataque perpetrado en una pequeña zona geográfica dirigido contra un gran número de civiles.”).

¹³⁵ Véase *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

¹³⁶ Causa *Mrkšić* de 2007, nota 122 *supra*, párr. 437; causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 429.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 648.

¹³⁸ *Prosecutor v. Kunarac*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 94 (en adelante, “causa *Kunarac* de 2002”).

¹³⁹ Causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 123; causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 580.

¹⁴⁰ Causa *Harun* de 2007, nota 128 *supra*, párr. 62 (donde se cita la causa *Kordić* de 2004, nota 128 *supra*, párr. 94, que a su vez cita la causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 429); véanse también causa *Ruto* de 2012, nota 130 *supra*, párr. 179; *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 96; y causa *Katanga* de 2008, nota 126 *supra*, párr. 394.

¹⁴¹ Causa *Katanga* de 2008, nota 126 *supra*, párr. 397.

¹⁴² Causa *Ntaganda* de 2012, nota 128 *supra*, párr. 31; véase también causa *Ruto* de 2012, nota 130 *supra*, párr. 179.

perpetración de actos ilícitos [...] con el fin de atacar a la población civil no hema”¹⁴³. En la causa *Gbagbo*, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional concluyó que un ataque era sistemático cuando “los preparativos para el ataque se efectuaban con antelación” y el ataque estaba planificado y coordinado con actos de violencia que ponían de manifiesto un “patrón claro”¹⁴⁴.

“*Contra una población civil*”

17) El segundo requisito general es que el acto debe cometerse como parte de un ataque “contra una población civil”. El proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), define “ataque contra una población civil” a los efectos del párrafo 1 como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”¹⁴⁵. Tal y como se analiza más abajo, la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional ha interpretado el significado de cada una de esas expresiones: “contra”, “una”, “población”, “civil”, “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos” y “política de un Estado o de una organización”.

18) El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que la palabra “contra” exige que los civiles sean el principal objetivo deliberado del ataque, y no víctimas casuales¹⁴⁶. Las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional adoptaron posteriormente esta interpretación en la causa *Bemba* y en la *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*¹⁴⁷. Una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional adoptó la misma interpretación en el fallo de la causa *Katanga*¹⁴⁸. En la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó que había pruebas suficientes que ponían de manifiesto que el ataque se había dirigido “contra” civiles de la República Centroafricana¹⁴⁹. La Sala concluyó que los soldados del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) sabían que sus víctimas eran civiles, basándose en pruebas directas de civiles atacados en sus casas o en sus patios¹⁵⁰. La Sala también llegó a la conclusión de que los soldados del MLC tuvieron como objetivo *principal* a los civiles, como puso de manifiesto un ataque contra una localidad donde los soldados del MLC no encontraron tropas rebeldes a las que alegaran estar persiguiendo¹⁵¹. La palabra “contra” hace hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del ataque¹⁵². Es el ataque, no los actos del autor concreto, lo que debe dirigirse “contra” la población que constituye el objetivo¹⁵³.

¹⁴³ Causa *Ntaganda* de 2014, nota 127 *supra*, párr. 24.

¹⁴⁴ *Prosecutor v. Gbagbo*, decisión relativa a la confirmación de los cargos contra Laurent Gbagbo, Sala de Cuestiones Preliminares, ICC-02/11-01/11, 12 de junio de 2014, párr. 225 (en adelante, causa *Gbagbo* de 2014).

¹⁴⁵ Estatuto de Roma, nota 84 *supra*; véase también Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, documento PCNICC/2000/1/Add.2, pág. 6.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 421 (“La palabra ‘contra’ especifica que, en el contexto de un crimen de lesa humanidad, la población civil es el principal objetivo del ataque.”).

¹⁴⁷ *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 82; causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 76.

¹⁴⁸ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1104.

¹⁴⁹ Causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 94; véase también causa *Ntaganda* de 2012, nota 128 *supra*, párrs. 20 y 21.

¹⁵⁰ Causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 94.

¹⁵¹ *Ibid.*, párrs. 95 a 98.

¹⁵² Véase, por ejemplo, causa *Blaškić* de 2000, nota 121 *supra*, párr. 208, nota 401.

¹⁵³ Causa *Kunarac* de 2002, nota 138 *supra*, párr. 103.

19) La palabra “una” indica que la expresión “población civil” ha de tener una definición amplia y debe interpretarse en sentido amplio¹⁵⁴. Se puede cometer un ataque contra civiles, “independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva”¹⁵⁵ y se puede perpetrar contra nacionales o extranjeros¹⁵⁶. Puede ser objeto de un ataque, entre otros, “un grupo definido por su (presunta) afiliación política”¹⁵⁷. Para que puedan ser considerados “población civil” en tiempos de conflicto armado, quienes son objeto del ataque deben tener carácter “predominantemente” civil; la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza¹⁵⁸. Este enfoque se adecúa a otras normas dimanantes del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra se indica lo siguiente: “La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”¹⁵⁹. En la causa *Kayishema*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda concluyó que en tiempos de paz, “civil” incluirá a todas las personas, salvo a aquellas que tengan el deber de mantener el orden público y cuenten con medios legítimos para ejercer la fuerza con ese fin en el momento en que sean atacadas¹⁶⁰. La condición de una víctima determinada debe evaluarse en el momento de cometerse el delito¹⁶¹; una persona debe considerarse civil en caso de duda en cuanto a su condición¹⁶².

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, causa *Mrkšić* de 2007, nota 122 *supra*, párr. 442; causa *Kupreškić* de 2000, nota 97 *supra*, párr. 547 (“Se pretende establecer una definición amplia de ‘población’ y de ‘civil’. Ello está garantizado en primer lugar por medio del objeto y el propósito de los principios y normas generales del derecho humanitario, en particular por las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad.”); causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 127; y causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 643.

¹⁵⁵ Causa *Katanga* de 2008, nota 126 *supra*, párr. 399 (donde se cita la causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 635); véase también causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1103.

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 423.

¹⁵⁷ Causa *Ruto* de 2012, nota 130 *supra*, párr. 164.

¹⁵⁸ Véanse, por ejemplo, causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1105 (donde se mantiene que la población atacada “debe estar compuesta fundamentalmente por civiles” y que la “presencia de personas que no sean civiles en su seno no afecta, por tanto, a su condición de población civil”); causa *Mrkšić* de 2007, nota 122 *supra*, párr. 442; causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 425 (“la presencia de determinadas personas que no sean civiles en su seno no cambia el carácter de la población.”); causa *Kordić* de 2001, nota 105 *supra*, párr. 180; causa *Blaškić* de 2000, nota 121 *supra*, párr. 214 (“la presencia de soldados en el seno de una población civil que es intencionadamente objeto de un ataque no altera el carácter civil de esa población.”); causa *Kupreškić* de 2000, nota 97 *supra*, párr. 549 (“la presencia de quienes participan activamente en el conflicto no debería impedir que una población sea considerada civil.”); causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 128; causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 582 (“El hecho de que haya determinadas personas entre la población civil cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.”); y causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 638.

¹⁵⁹ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), art. 50, párrafo 3, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, pág. 3.

¹⁶⁰ Causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 127 (donde se alude a “todas las personas, salvo a aquellas que tengan el deber de mantener el orden público y cuenten con medios legítimos para ejercer la fuerza. Por ejemplo, entre los no civiles se encontrarían los miembros de las Fuerzas Armadas Rwandesas (FAR), del Frente Patriótico Rwandés (RPF, por sus siglas en inglés), la policía y la Gendarmería Nacional”).

¹⁶¹ Causa *Blaškić* de 2000, nota 121 *supra*, párr. 214 (“[S]e debe tener en cuenta la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes, en lugar de su condición, para determinar su carácter civil.”); véase también causa *Kordić* de 2001, nota 105 *supra*, párr. 180 (“[L]as personas que en un momento determinado llevaron a cabo actos de resistencia pueden, en ciertas circunstancias, ser víctimas de un crimen de lesa humanidad.”); causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 582 (donde se determinó que la población civil

20) “Población” no significa que toda la población de una determinada ubicación geográfica ha de ser objeto del ataque¹⁶³, sino que indica el carácter colectivo del crimen como un ataque contra múltiples víctimas¹⁶⁴. Tal y como señaló la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina*, el concepto denota que el ataque no se dirige contra “un número limitado de personas elegidas al azar”¹⁶⁵. En las resoluciones de la Corte Penal Internacional en la causa *Bemba* y en la *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010* se adoptó un enfoque similar y se declaró que el Fiscal debía establecer que el ataque no iba dirigido contra un grupo limitado de personas¹⁶⁶.

21) La primera parte del proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), se refiere a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil”. Aunque esa redacción no figuraba en la definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, dicha formulación refleja la jurisprudencia de ambos Tribunales¹⁶⁷ y está recogida explícitamente en el Estatuto de Roma, en su artículo 7, párrafo 2 a). En los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional se dispone que “[n]o es necesario que los actos” a que se hace referencia en el artículo 7, párrafo 2 a), “constituyan un ataque militar”¹⁶⁸. La Sala de Primera Instancia en la causa *Katanga* afirmó que “el ataque no tiene que tener necesariamente carácter militar y puede consistir en cualquier forma de violencia contra una población civil”¹⁶⁹.

22) En la segunda parte del proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), se afirma que el ataque debe llevarse a cabo “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer este ataque o para promover esa política”. El requisito del elemento de una “política” no figuraba como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad en los estatutos de las cortes y los tribunales internacionales hasta la aprobación del Estatuto de Roma¹⁷⁰. Aunque el Estatuto del Tribunal Internacional

incluía a “los miembros de las fuerzas armadas que habían depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate”).

¹⁶² Causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 426.

¹⁶³ Véase *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 82; causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 77; causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 424; causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 644; véase también *Anuario...*, 1994, vol. II (segunda parte), pág. 42 (donde se definen los crímenes de lesa humanidad como “actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte”) (sin cursiva en el original).

¹⁶⁴ Véase causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 644.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Gotovina*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-06-90-T, 15 de abril de 2011, párr. 1704.

¹⁶⁶ *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 81; causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 77.

¹⁶⁷ Véanse, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 415 (donde se define ataque como “una línea de conducta que implique la comisión de actos de violencia”); causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 122 (donde se define ataque como el “hecho del que deben formar parte los crímenes enumerados”); y causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 581 (“El concepto de ataque puede definirse como un acto ilícito del tipo de los enumerados [en el Estatuto]. Un ataque puede además no tener carácter violento, como la imposición de un sistema de *apartheid* [...] o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una determinada manera [...]).”)

¹⁶⁸ Véase Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, nota 145 *supra*, pág. 6.

¹⁶⁹ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1101.

¹⁷⁰ El artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg no contiene ninguna referencia explícita a un plan o una política. No obstante, la sentencia de Nuremberg sí utilizó un elemento de “política” cuando examinó el artículo 6 c) en el contexto del concepto de “ataque” en su conjunto. Véase Sentencia del 30 de septiembre de 1946, nota 86 *supra*, pág. 493 (“La política de terror fue puesta en práctica, sin duda, a gran escala, y en muchos casos era organizada y sistemática. La política de

para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda no contenían el elemento de la política en su definición de crímenes de lesa humanidad¹⁷¹, parte de la jurisprudencia inicial indicó que era necesario¹⁷². Así, la Sala de Primera Instancia en la causa *Tadić* realizó un importante análisis del elemento de la política en los primeros años del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, análisis que influiría posteriormente en la redacción del Estatuto de Roma. La Sala de Primera Instancia determinó que

“la razón por la que los crímenes de lesa humanidad sacuden tanto la conciencia de la humanidad y requieren la intervención de la comunidad internacional es que no son actos aislados y aleatorios de algunas personas, sino el resultado de un intento deliberado de ir contra una población civil. Tradicionalmente, se entendía por este requisito que había de haber alguna forma de política para perpetrar estos actos [...]. No obstante, es importante destacar que una política de esa índole no tiene que estar formalizada, sino que puede inferirse de la forma en que ocurren los actos.”¹⁷³

La Sala de Primera Instancia señaló además que, habida cuenta del elemento de la política, este tipo de crímenes “no puede ser obra únicamente de personas aisladas”¹⁷⁴. Sin embargo, la jurisprudencia posterior del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia restó importancia al elemento de la política, considerándolo como suficiente simplemente para probar la existencia de un ataque generalizado o sistemático¹⁷⁵.

23) Antes del Estatuto de Roma, la labor de la Comisión de Derecho Internacional solía requerir un elemento de política en sus proyectos de código. El Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión en 1954 definió los crímenes de lesa humanidad como: “Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales o culturales, perpetrados *por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia*”¹⁷⁶. La Comisión decidió incluir el requisito de la instigación o la tolerancia del Estado a fin de excluir los actos inhumanos cometidos por particulares por su cuenta, sin la participación de

persecución, represión y asesinato de civiles que podían ser hostiles al Gobierno en Alemania antes de la guerra de 1939 se llevó a cabo de la manera más despiadada.”). El artículo II, párrafo 1 c), de la Ley núm. 10 del Consejo de Control tampoco contiene ninguna referencia a un plan o a una política en su definición de crímenes de lesa humanidad.

¹⁷¹ La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que no existía un elemento de política en los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional consuetudinario; véase causa *Kunarac* de 2002, nota 138 *supra*, párr. 98 (“No había ningún elemento en el Estatuto ni en el derecho internacional consuetudinario en el momento de cometerse los presuntos actos que requiriera una prueba de la existencia de un plan o una política para cometer esos crímenes.”), aunque esa posición ha sido objeto de críticas en la doctrina.

¹⁷² Causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párrs. 644, 653 a 655 y 626.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 653.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 655 (donde se cita *Prosecutor v. Nikolić*, Sala de Primera Instancia, revisión de la acusación de conformidad con el artículo 61 de las Reglas sobre Procedimiento y Pruebas, causa núm. IT-94-2-R61, 20 de octubre de 1995, párr. 26).

¹⁷⁵ Véanse, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2002, nota 138 *supra*, párr. 98; causa *Kordić* de 2001, nota 105 *supra*, párr. 182 (donde se determinó que “la existencia de un plan o una política debería considerarse más bien como una indicación del carácter sistemático de los delitos calificados como crímenes de lesa humanidad”); causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 124 (“Para que un acto de victimización en masa sea un crimen de lesa humanidad debe incluir un elemento de política. Cualquiera de los requisitos del carácter generalizado o sistemático es suficiente para excluir actos que no se hayan cometido como parte de una política o un plan más amplios”); y causa *Akayesu* de 1998, nota 120 *supra*, párr. 580.

¹⁷⁶ *Anuario... 1954* (en inglés), vol. II, pág. 150 (sin cursiva en el original).

ningún Estado¹⁷⁷. Al mismo tiempo, la definición de crímenes de lesa humanidad que figuraba en el Proyecto de Código de 1954 no incluía ningún requisito en cuanto a la escala (“generalizado”) o el carácter sistemático.

24) El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también reconoció un requisito de política, puesto que definió los crímenes de lesa humanidad como “la comisión sistemática o en gran escala e *instigada o dirigida por un gobierno o por una organización o grupo* de cualquiera de los actos siguientes”¹⁷⁸. La Comisión incluyó este requisito para excluir los actos inhumanos cometidos por una persona “por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un grupo u organización”¹⁷⁹. En otras palabras, el elemento de política trataba de excluir delitos “comunes” de personas que actuaran por su propia iniciativa y sin conexión alguna con un Estado o una organización.

25) El proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), contiene el mismo elemento de política previsto en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma. En los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional se dispone que una “política [...] de cometer ese ataque” exige que “el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”¹⁸⁰ y que “[e]sa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”¹⁸¹.

26) Este elemento de “política” se ha examinado en varias causas sustanciadas ante la Corte Penal Internacional¹⁸². En la causa *Katanga* de 2014, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional destacó que el requisito de la política no es sinónimo de “sistemático”, pues ello sería contrario al requisito disyuntivo establecido en el artículo 7 de un ataque “generalizado” o “sistemático”¹⁸³. Más bien, mientras que “sistemático” requiere altos niveles de organización y patrones de conducta o una violencia recurrente¹⁸⁴, para “establecer una ‘política’ hay que demostrar tan solo que el Estado o la organización perseguían perpetrar un ataque contra una población civil. Por ello, un análisis del carácter sistemático del ataque trasciende la existencia de una política que pretenda eliminar, perseguir o socavar a una comunidad”¹⁸⁵. Además, el requisito de la “política” no exige diseños formales o planes preestablecidos, puede llevarse a cabo mediante actos u omisiones y puede inferirse de las circunstancias¹⁸⁶. La Sala de Primera Instancia determinó que no era necesario que la política hubiera sido establecida o promulgada formalmente antes del ataque y que podía deducirse de

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (sin cursiva en el original).

¹⁷⁹ *Ibid.* Al explicar la inclusión del requisito de la política, la Comisión señaló lo siguiente: “Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18”.

¹⁸⁰ Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, nota 145 *supra*, pág. 6.

¹⁸¹ *Ibid.* Otros precedentes también ponen de relieve que la omisión deliberada puede cumplir el requisito de la política. Véanse causa *Kupreškić* de 2000, nota 97 *supra*, párrs. 554 y 555 (“aprobado”, “consentido”, “aprobación explícita o implícita”); *Anuario...*, 1954 (en inglés), vol. II, pág. 150 (art. 2, párr. 11) (“tolerancia”); y Consejo de Seguridad, Informe de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, documento *S/1994/674*, párr. 85.

¹⁸² Véanse, por ejemplo, causa *Ntaganda* de 2012, nota 128 *supra*, párr. 24; causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 81; y causa *Katanga* de 2008, nota 126 *supra*, párr. 396.

¹⁸³ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1112; véanse también *ibid.*, párr. 1101; y causa *Gbagbo* de 2014, nota 144 *supra*, párr. 208.

¹⁸⁴ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párrs. 1111 a 1113.

¹⁸⁵ *Ibid.*, párr. 1113.

¹⁸⁶ *Ibid.*, párrs. 1108, 1109 y 1113.

la repetición de actos, de las actividades preparatorias o de una movilización colectiva¹⁸⁷. Asimismo, la política no tiene que ser concreta o precisa y puede evolucionar con el tiempo a medida que varían las circunstancias¹⁸⁸.

27) Del mismo modo, en su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sostuvo que “política” no debía unirse a “sistemático”¹⁸⁹. En concreto, la Sala de Primera Instancia afirmó que “las pruebas de la planificación, la organización o la dirección por parte de un Estado o una organización pueden ser pertinentes para demostrar tanto la política como el carácter sistemático del ataque, aunque los dos conceptos no deben unirse, ya que sirven a diferentes propósitos y conllevan distintos umbrales de conformidad con el artículo 7, párrafos 1 y 2 a), del Estatuto”¹⁹⁰. El elemento de la política requiere que los actos estén “vinculados” a un Estado o una organización¹⁹¹ y excluye “actos espontáneos o aislados de violencia”; en cambio, una política no tiene que ser adoptada formalmente¹⁹² y no se requieren pruebas de razones o motivos concretos¹⁹³. En la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó que el ataque se había llevado a cabo con arreglo a la política de una organización basándose en pruebas que demostraban que las tropas del MLC “llevaron a cabo ataques siguiendo el mismo patrón”¹⁹⁴.

28) La segunda parte del proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), hace referencia a la política de un “Estado o de una organización” para cometer ese ataque, al igual que el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma. En su *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sugirió que el significado de “Estado” en el artículo 7, párrafo 2 a), no requería “mayores explicaciones”¹⁹⁵. A continuación, la Sala señaló que una política adoptada por órganos regionales o locales del Estado podría cumplir el requisito de la política del Estado¹⁹⁶.

29) La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional sugiere que “organización” incluye a toda organización o grupo que tenga capacidad y recursos para planificar y llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático. Por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló lo siguiente en la causa *Katanga*: “Esa política pueden ponerla en práctica grupos de personas que gobiernen un territorio determinado o cualquier organización con capacidad para perpetrar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”¹⁹⁷. Una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, en la causa *Katanga*, sostuvo que la organización había de tener “suficientes recursos, medios y capacidad para poner en marcha una línea de conducta o una operación que implica la comisión múltiple de actos [...] un conjunto de estructuras o mecanismos,

¹⁸⁷ *Ibid.*, párr. 1109; véase también causa *Gbagbo* de 2014, nota 144 *supra*, párrs. 211, 212 y 215.

¹⁸⁸ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1110.

¹⁸⁹ Causa *Gbagbo* de 2014, nota 144 *supra*, párrs. 208 y 216.

¹⁹⁰ *Ibid.*, párr. 216.

¹⁹¹ *Ibid.*, párr. 217.

¹⁹² *Ibid.*, párr. 215.

¹⁹³ *Ibid.*, párr. 214 (se omiten las notas).

¹⁹⁴ Causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 115.

¹⁹⁵ *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 89.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Causa *Katanga* de 2008, nota 126 *supra*, párr. 396 (donde se cita la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, así como el Proyecto de Código Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión en 1991); véase también causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 81.

de cualquier índole, suficientemente eficientes para garantizar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque contra una población civil”¹⁹⁸.

30) En su *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional rechazó la idea de que “solo las organizaciones semejantes a Estados pueden considerarse” organizaciones a los efectos del artículo 7, párrafo 2 a), y afirmó además que “el carácter formal de un grupo y el nivel de su organización no deben ser los criterios determinantes. En lugar de ello [...] debe hacerse una distinción en función de si un grupo tiene la capacidad necesaria para llevar a cabo actos que atenten contra valores humanos básicos”¹⁹⁹. En 2012, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en la causa *Ruto*, al determinar si un grupo concreto podía ser considerado una “organización” con arreglo al artículo 7 del Estatuto de Roma, afirmó lo siguiente:

“la Sala puede tener en cuenta una serie de factores, entre otros: i) si el grupo se encuentra bajo un mando responsable o cuenta con una jerarquía establecida; ii) si el grupo tiene, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; iii) si el grupo ejerce el control sobre parte del territorio de un Estado; iv) si uno de los objetivos primordiales del grupo es llevar a cabo actividades delictivas contra la población civil; v) si el grupo manifiesta, de manera explícita o implícita, una intención de atacar a una población civil; vi) si el grupo es parte de un grupo mayor, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados.”²⁰⁰

31) Como consecuencia de la “política” que puede emanar de una organización no estatal, la definición que figura en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3 no requiere que el que comete el delito sea un funcionario o agente del Estado. Este criterio es acorde con la evolución de los crímenes de lesa humanidad dentro del derecho internacional. En 1991, al comentar el proyecto de disposición sobre crímenes de lesa humanidad que pasaría a ser el Proyecto de Código de Crímenes de 1996, la Comisión dijo que “el [proyecto de] artículo no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado” y que “no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere ese artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del Proyecto de Código”²⁰¹. Como ya se ha indicado, el Proyecto de Código de Crímenes de 1996 añadió el requisito de que, para que fueran crímenes de lesa humanidad, los actos inhumanos debían estar “instigad[os] o dirigid[os] por un gobierno o por una organización política o grupo”²⁰². En su comentario sobre ese requisito, la Comisión

¹⁹⁸ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1119.

¹⁹⁹ *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 90. Esta interpretación fue acogida igualmente por la Sala de Primera Instancia en la causa *Katanga* al afirmar lo siguiente: “No obstante, que el ataque tenga que caracterizarse también por ser generalizado o sistemático no significa que la organización que lo promueve o alienta deba estructurarse de forma tal que adopte los rasgos de un Estado”. Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1120. La Sala de Primera Instancia también estimó que “la práctica ‘general aceptada como derecho’ [...] alude a crímenes de lesa humanidad cometidos por Estados y organizaciones a las cuales no se exige específicamente por definición que posean características cuasiestatales”. *Ibid.*, párr. 1121.

²⁰⁰ Causa *Ruto* de 2012, nota 130 *supra*, párr. 185; véanse también *Decisión relativa a la autorización sobre Kenya de 2010*, nota 125 *supra*, párr. 93; y causa relativa a la situación en la República de Côte d’Ivoire, Corrección de la “Decisión en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Côte d’Ivoire”, Sala de Cuestiones Preliminares III, ICC-02/11, 15 de noviembre de 2011, párrs. 45 y 46.

²⁰¹ *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112.

²⁰² *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (artículo 18) (sin cursiva en el original).

observó lo siguiente: “La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”²⁰³.

32) La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aceptó la posibilidad de que se enjuiciara a actores no estatales por crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en la causa *Tadić* una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal afirmó que “el derecho, en relación con los crímenes de lesa humanidad, ha evolucionado hasta tener en cuenta a fuerzas que, aunque no sean las del gobierno legítimo, tienen el control *de facto* de un territorio definido o pueden moverse libremente por él”²⁰⁴. Esa determinación encontró reflejo en la causa *Limaj*, en la que la Sala de Primera Instancia consideró que los acusados, miembros del Ejército de Liberación de Kosovo, podían ser enjuiciados por crímenes de lesa humanidad²⁰⁵.

33) En la causa *Ntaganda*, sustanciada ante la Corte Penal Internacional, se confirmaron los cargos contra un acusado relacionado con dos grupos paramilitares, la Unión de Patriotas Congoleños y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo de la República Democrática del Congo²⁰⁶. Asimismo, en la causa *Callixte Mbarushimana*, el fiscal presentó cargos contra un acusado vinculado con las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Rwanda, descritas en sus estatutos como un “grupo armado que persigue ‘reconquistar y defender la soberanía nacional’ de Rwanda”²⁰⁷. En la causa contra Joseph Kony relativa a la situación en Uganda, el acusado está presuntamente vinculado con el Ejército de Resistencia del Señor, “grupo armado que protagoniza una insurgencia contra el Gobierno de Uganda y el ejército ugandés”²⁰⁸ dotado de “una organización jerárquica y un funcionamiento de carácter militar”²⁰⁹. Con respecto a la situación en Kenya, una de las Salas de Cuestiones Preliminares confirmó los cargos de crímenes de lesa humanidad presentados contra los acusados debido a su vinculación con una “red” de autores “compuesta por eminentes representantes políticos [del Movimiento Democrático Naranja (ODM, por sus siglas en inglés)], representantes de los medios de comunicación, antiguos miembros de la policía y del ejército de Kenya, ancianos kalenjin y dirigentes locales”²¹⁰. Igualmente, se confirmaron los cargos presentados contra otros acusados vinculados con “ataques coordinados perpetrados por los mungiki y por jóvenes simpatizantes del Partido de la Unidad Nacional (PNU, por sus siglas en inglés) en diferentes partes de Nakuru y Naivasha” que “iban dirigidos contra presuntos partidarios [del ODM] utilizando diferentes medios de identificación como listas, atributos físicos, bloqueos de carreteras y el idioma”²¹¹.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 654. Para un análisis más detallado respecto de los autores no estatales, véase *ibid.*, párr. 655.

²⁰⁵ *Prosecutor v. Limaj et al.*, fallo, Sala de Primera Instancia II, causa núm. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 212 y 213.

²⁰⁶ Causa *Ntaganda* de 2012, nota 128 *supra*, párr. 22.

²⁰⁷ *Prosecutor v. Mbarushimana*, decisión relativa a la confirmación de los cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, párr. 2.

²⁰⁸ Causa relativa a la situación en Uganda, Orden de detención de Joseph Kony, dictada el 8 de julio de 2005, en su forma enmendada de 27 de septiembre de 2005, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-01/05, 27 de septiembre de 2005, párr. 5.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 7.

²¹⁰ Causa *Ruto* de 2012, nota 130 *supra*, párr. 182.

²¹¹ *Prosecutor v. Muthaura et al.*, decisión relativa a la confirmación de los cargos con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-01/09-02/11, 23 de enero de 2012, párr. 102.

“Con conocimiento de dicho ataque”

34) El tercer requisito general es que el autor ha de cometer el acto “con conocimiento de dicho ataque”. La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda concluyó que el autor ha de tener conocimiento de que se está produciendo un ataque contra la población civil y, además, de que su acto forma parte de ese ataque²¹². Este enfoque con dos partes se refleja en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, que exige para cada uno de los actos prohibidos que el último elemento de ese acto sea el siguiente: “Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”. Aun así, se indica lo siguiente:

“el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.”²¹³

35) En su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, una de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional estimó que “solo es necesario establecer que la persona tenía conocimiento del ataque en términos generales”²¹⁴. Ciertamente, no es necesario probar que el autor conociera los detalles concretos del ataque²¹⁵, sino que, el conocimiento del autor podría inferirse de pruebas circunstanciales²¹⁶. Por tanto, cuando en la causa *Bemba* se determinó que las tropas del MLC actuaron con conocimiento del ataque, una de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional dijo que el conocimiento de las tropas podía “inferirse de los métodos de ataque que utilizaron”, que reflejaban una pauta clara²¹⁷. En la causa *Katanga*, una de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional llegó a la siguiente conclusión:

“El conocimiento del ataque y el hecho de que el autor fuera consciente de que su conducta formaba parte de ese ataque pueden inferirse de pruebas circunstanciales, tales como las siguientes: la posición del acusado en la jerarquía militar; el hecho de que asumiera un papel importante en el marco más amplio de la campaña criminal; su presencia en la escena de los crímenes; sus referencias a la superioridad de su grupo respecto del grupo enemigo; y el contexto histórico y político general en que se produjeron los actos.”²¹⁸

²¹² Véanse, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 418; y causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 133.

²¹³ Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, nota 145 *supra*, pág. 6.

²¹⁴ Causa *Gbagbo* de 2014, nota 144 *supra*, párr. 214.

²¹⁵ Causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 434 (donde se determinó que el requisito del conocimiento “no implica el conocimiento de los detalles del ataque”).

²¹⁶ Véanse causa *Blaškić* de 2000, nota 121 *supra*, párr. 259 (donde se determinó que el conocimiento del contexto más amplio del ataque podía deducirse a partir de una serie de hechos, como “la naturaleza de los crímenes cometidos y la medida en que eran de conocimiento general”); y causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 657 (“Si bien se requiere el conocimiento, este se examina a nivel objetivo y, de hecho, puede deducirse de las circunstancias.”); véase también causa *Kayishema* de 1999, nota 122 *supra*, párr. 134 (donde se determinó que es suficiente “el conocimiento real o inferido del contexto más amplio del ataque”).

²¹⁷ Causa *Bemba* de 2009, nota 125 *supra*, párr. 126.

²¹⁸ Causa *Katanga* de 2008, nota 126 *supra*, párr. 402.

36) Además, el motivo personal del autor para participar en el ataque es irrelevante; no es necesario que el autor comparta el propósito o el objetivo del ataque en sentido más amplio²¹⁹. Según la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, la prueba de que el autor cometió los actos prohibidos por motivos personales podría a lo sumo “ser indicativa de una presunción refutable de que no era consciente de que sus actos formaban parte de ese ataque”²²⁰. Lo que resulta pertinente para cumplir este requisito es que el autor tenga conocimiento de que su acto forma parte del ataque o tenga la intención de que así sea. Además, se dará este elemento cuando pueda probarse que el delito subyacente fue cometido aprovechando directamente el ataque en sentido más amplio o cuando la comisión del delito subyacente tenga el efecto de perpetuar dicho ataque²²¹. Por ejemplo, en la causa *Kunarac*, los autores fueron acusados de diversas formas de violencia sexual, actos de tortura y esclavitud contra mujeres y niñas musulmanas. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que el acusado tenía el conocimiento requerido porque no solo sabía del ataque contra la población civil musulmana, sino que además lo perpetuó “aprovechándose directamente de la situación creada” y “asumió plenamente la agresión por motivos étnicos”²²². Del mismo modo, una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional ha sostenido que el autor ha de saber que el acto forma parte del ataque generalizado o sistemático contra la población civil, pero el motivo del autor es irrelevante a los efectos de considerar el acto crimen de lesa humanidad. No es necesario que el autor conozca todas las características o detalles del ataque, como tampoco se requiere que el autor suscriba “el diseño criminal del Estado o la organización”²²³.

Actos prohibidos

37) Al igual que el artículo 7 del Estatuto de Roma, el proyecto de artículo 3, párrafo 1, apartados a) a k), enumera los actos prohibidos subyacentes que constituyen crímenes de lesa humanidad. Esos actos prohibidos también aparecen como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad elaborado por la Comisión en 1996, aunque la formulación difiere ligeramente. Las personas que llevan a cabo uno de esos actos pueden cometer un crimen de lesa humanidad; no es necesario que la persona haya cometido múltiples actos, sino que el acto de la persona forme “parte” de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil²²⁴. Tampoco es necesario que el delito subyacente sea cometido durante el ataque contra la población civil para que se cumpla este requisito; el delito subyacente puede formar parte del ataque si se puede conectar suficientemente con él²²⁵.

Definiciones dentro de la definición

38) Tal y como se ha señalado anteriormente, el proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), define “ataque contra una población civil” a los efectos del proyecto de artículo 3,

²¹⁹ Véanse, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2002, nota 138 *supra*, párr. 103; y causa *Kupreškić* de 2000, nota 97 *supra*, párr. 558.

²²⁰ Causa *Kunarac* de 2002, nota 138 *supra*, párr. 103.

²²¹ Véase, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2001, nota 126 *supra*, párr. 592.

²²² *Ibid.*

²²³ Causa *Katanga* de 2014, nota 126 *supra*, párr. 1125.

²²⁴ Véanse, por ejemplo, causa *Kunarac* de 2002, nota 138 *supra*, párr. 100; y causa *Tadić* de 1997, nota 121 *supra*, párr. 649.

²²⁵ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-95-13/1-A, 5 de mayo de 2009, párr. 41; *Prosecutor v. Naletilić*, fallo, Sala de Primera Instancia, causa núm. IT-98-34-T, 31 de marzo de 2003, párr. 234; causa *Mrkšić* de 2007, nota 122 *supra*, párr. 438; y causa *Tadić* de 1999, nota 105 *supra*, párr. 249.

párrafo 1. Los demás apartados b) a i) del proyecto de artículo 3, párrafo 2, definen otras expresiones que figuran en el párrafo 1, en concreto: “exterminio”; “esclavitud”; “deportación o traslado forzoso de población”; “tortura”; “embarazo forzado”; “persecución”; “el crimen de *apartheid*”; y “desaparición forzada de personas”. Además, el proyecto de artículo 3, párrafo 3, recoge una definición del término “género”. El artículo 7 del Estatuto de Roma también contiene estas definiciones, consideradas relevantes por la Comisión con vistas a mantenerlas en el proyecto de artículo 3.

Párrafo 4

39) El párrafo 4 del proyecto de artículo 3 dispone lo siguiente: “El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional”. Esta disposición es similar al artículo 1, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que dispone lo siguiente: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”²²⁶. El artículo 10 del Estatuto de Roma (insertado en la Parte II, titulada “De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”) también contiene “una cláusula sin perjuicio”, que dice así: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

40) El párrafo 4 tiene por objeto garantizar que la definición de “crímenes de lesa humanidad” recogida en el proyecto de artículo 3 no ponga en tela de juicio ninguna otra definición más amplia que pueda existir en otros instrumentos internacionales o en la legislación nacional. La expresión “instrumento internacional” debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente en el de acuerdo internacional vinculante. Por ejemplo, la definición de “desaparición forzada de personas” que figura en el proyecto de artículo 3 sigue el artículo 7 del Estatuto de Roma pero difiere de la definición que contienen la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992²²⁷, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²²⁸ y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas²²⁹. Esas diferencias consisten fundamentalmente en que estos últimos instrumentos no incluyen el elemento “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley” ni las palabras “por un período prolongado” y que no se refieren a las organizaciones como posibles autores del delito cuando actúan sin la participación del Estado.

41) En vista de estas diferencias, la Comisión consideró prudente incluir el proyecto de artículo 3, párrafo 4. En esencia, mientras que los tres primeros párrafos del proyecto de artículo 3 definen los crímenes de lesa humanidad a los efectos del proyecto de artículos, ello se entiende sin perjuicio de definiciones más amplias

²²⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85 (en adelante, “la Convención contra la Tortura”).

²²⁷ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992 documento [A/RES/47/133](#).

²²⁸ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, hecha en Belém do Pará el 9 de junio de 1994, documento de la Organización de los Estados Americanos (OEA) OEA/Ser.P/AG/Doc 3114/94.

²²⁹ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, pág. 3 (en adelante, “la Convención contra las Desapariciones Forzadas”).

previstas en instrumentos internacionales o en la legislación nacional. Así pues, si un Estado desea adoptar una definición más amplia en su legislación nacional, el presente proyecto de artículos no le impide hacerlo. Al mismo tiempo, uno de los objetivos importantes del proyecto de artículos es la armonización de la legislación nacional, de forma que pueda servir de base para una sólida cooperación entre Estados. Todo elemento adoptado en la ley nacional que no entre en el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos no podría acogerse a sus disposiciones, incluidas las relativas a la extradición y la asistencia jurídica recíproca.

Artículo 4 **Obligación de prevención**

1. Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas:

a) Adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control; y

b) Cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como un conflicto armado, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 enuncia una obligación de prevención con respecto a los crímenes de lesa humanidad. Al examinar esa obligación, la Comisión consideró pertinente estudiar la práctica convencional existente en materia de prevención de delitos y otros actos. En muchos casos, esos instrumentos se refieren a actos que, cuando se cometen en determinadas circunstancias, pueden constituir crímenes de lesa humanidad (por ejemplo, el genocidio, la tortura, el *apartheid* o la desaparición forzada). Por tanto, la obligación de prevención establecida en esos instrumentos se extiende asimismo a la prevención de los actos en cuestión cuando también pueden constituir crímenes de lesa humanidad.

2) Ya se encuentra un ejemplo significativo de la obligación de prevenir en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 establece: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”²³⁰. Asimismo, el artículo V dispone: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. El artículo VIII estipula: “Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”. Así pues, la Convención sobre el Genocidio contiene varios elementos relativos a la prevención: una obligación general de prevenir el genocidio; una obligación de adoptar medidas nacionales para dar efecto a las disposiciones de la

²³⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hecha en París el 9 de diciembre de 1948, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, pág. 296.

Convención; y una disposición sobre la cooperación de los Estados partes con las Naciones Unidas para la prevención del genocidio.

3) Esta obligación de prevención es característica de la mayoría de los tratados multilaterales celebrados desde los años sesenta que se refieren a los delitos. A título de ejemplo, cabe citar los siguientes: el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil²³¹; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos²³²; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*²³³; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes²³⁴; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²³⁵; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²³⁶; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²³⁷; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado²³⁸; el Convenio Internacional para la Represión de los

²³¹ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 974, pág. 198. El artículo 10 1) establece: “Los Estados contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el derecho internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el Artículo 1”.

²³² Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, hecha en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, pág. 191. El artículo 4 1) establece: “Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio [...]”.

²³³ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, hecha en Nueva York el 30 de noviembre de 1973, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, pág. 266. El artículo IV a) establece: “Los Estados Partes en la presente Convención se obligan [...] [a] adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de *apartheid* y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal crimen [...]”.

²³⁴ Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, hecha en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, pág. 238. El artículo 4 1) establece: “Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de [...] delitos [...], en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes”.

²³⁵ Convención contra la Tortura, nota 226 *supra*. El artículo 2 1) establece: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.

²³⁶ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, hecha en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985, Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67. El artículo 1 establece: “Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”. El artículo 6 establece: “Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.

²³⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, nota 228 *supra*. El artículo 1 c) y d) establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a [...] [c]ooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”.

²³⁸ Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, pág. 423. El artículo 11 establece: “Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enumerados en el artículo 9, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos dentro o fuera de su territorio; y b) Intercambiando información de acuerdo con su legislación nacional y coordinando la adopción de las medidas administrativas y de otra índole que sean procedentes para impedir que se cometan esos delitos”.

Atentados Terroristas Cometidos con Bombas²³⁹; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁴⁰; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁴¹; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁴²; y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas²⁴³.

- ²³⁹ Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, pág. 318. El artículo 15 a) establece: “Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2 [...]”.
- ²⁴⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, pág. 374. El artículo 9 1) establece: “Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos”. El artículo 9 2) establece: “Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación”. Artículo 29 1): “Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención”. El artículo 31 1) establece: “Los Estados Partes procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”.
- ²⁴¹ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, pág. 373. El artículo 9 1) establece: “Los Estados Partes establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a: a) Prevenir y combatir la trata de personas; y b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización”.
- ²⁴² Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2375, pág. 303. El preámbulo dispone: “Recordando que la prevención efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes requiere educación y una combinación de diversas medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otro tipo”. El artículo 3 establece: “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [...]”.
- ²⁴³ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, nota 229 *supra*. El preámbulo dispone: “Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada”. El artículo 23 establece: “1. Cada Estado Parte velará por que la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención, a fin de: a) Prevenir la participación de esos agentes en desapariciones forzadas; b) Resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en materia de desapariciones forzadas; c) Velar por que se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada. 2. Cada Estado Parte prohibirá las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas. Cada Estado Parte garantizará que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada. 3. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que, cuando las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo tengan razones para creer que se ha producido o está a punto de producirse una desaparición forzada, informen a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos de control o de revisión competentes”.

4) Algunos tratados multilaterales de derechos humanos, pese a no centrarse en la prevención y la sanción de los delitos mismos, incluyen obligaciones para prevenir y reprimir las violaciones de los derechos humanos. A título de ejemplo cabe citar los siguientes: La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial²⁴⁴, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁴⁵; y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica²⁴⁶. Algunos tratados no se refieren expresamente a la “prevención” o “eliminación” del acto, sino que se centran más bien en la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole apropiadas para “dar efecto” o “aplicar” el tratado, lo que puede considerarse que abarca las medidas necesarias o apropiadas para prevenir el acto. A título de ejemplo cabe citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴⁷ y la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴⁸.

5) Los tribunales internacionales han abordado estas obligaciones de prevención. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia observó que, en el contexto de la Convención, el deber de sancionar guarda relación con el deber de prevenir, aun cuando es distinto de este. Si bien “una de las maneras más efectivas de prevenir los actos delictivos es, en general, establecer sanciones aplicables a las personas que cometan esos actos, e imponer esas sanciones de manera efectiva a quienes cometan los actos que se pretende prevenir”²⁴⁹,

²⁴⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, hecha en Nueva York el 7 de marzo de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 241. El artículo 3 establece: “Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”.

²⁴⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, pág. 70. El artículo 2 establece: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”. El artículo 3 establece: “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

²⁴⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 5 de noviembre de 2011, Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 210. El artículo 4 2) establece: “Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio; prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones; derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer”.

²⁴⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 241. Artículo 2 2): “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

²⁴⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, pág. 102. El artículo 4 establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.

²⁴⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 219, párr. 426 (en adelante *Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro*).

la Corte consideró que “el deber de prevenir el genocidio y el deber de castigar a los culpables [...] son [...] dos obligaciones diferentes pero vinculadas”²⁵⁰. Precisamente, la “obligación de cada Estado contratante de prevenir el genocidio es tanto preceptiva como ineludible, y no está incorporada al deber de sancionar, ni puede considerarse simplemente como un componente de ese deber”²⁵¹.

6) Esa práctica convencional, la jurisprudencia, y la aceptación bien arraigada entre los Estados de que los crímenes de lesa humanidad son crímenes según el derecho internacional que deben ser sancionados con independencia de que hayan sido cometidos o no en tiempo de conflicto armado y tipificados o no como delitos en el derecho interno, implican que los Estados han contraído la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad. Así pues, el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 formula una obligación de prevención similar a la enunciada en el artículo I de la Convención sobre el Genocidio, ya que comienza con las palabras: “Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad [...]”.

7) En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia analizó el significado de la expresión “se comprometen a prevenir”, que figura en el artículo I de la Convención sobre el Genocidio de 1948. Durante la fase de examen de las medidas provisionales, la Corte determinó que ese compromiso imponía una “obligación clara” a las partes “de hacer todo lo posible para prevenir la comisión de tales actos en el futuro”²⁵². En la fase de examen del fondo, la Corte describió el sentido corriente de la palabra “comprometerse” como:

“realizar una promesa formal, obligarse o empeñar la palabra, hacer una promesa, convenir en algo, aceptar una obligación. Es una palabra que se utiliza habitualmente en los tratados al enunciar las obligaciones de las partes contratantes [...]. No tiene carácter meramente exhortatorio o deliberado. El compromiso es incondicional [...] y no debe interpretarse simplemente como una introducción a referencias expresas posteriores a la legislación, el enjuiciamiento y la extradición. Esas características permiten concluir que el artículo I, en particular su compromiso de prevenir, crea obligaciones distintas de las contenidas en los artículos siguientes.”²⁵³

El compromiso de prevenir los crímenes de lesa humanidad que se formula en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 pretende expresar el mismo tipo de efecto jurídicamente vinculante para los Estados; tampoco tiene carácter meramente exhortatorio o deliberado ni es simplemente una introducción a proyectos de artículos posteriores.

8) En la misma causa, la Corte Internacional de Justicia señaló además que, cuando tomen medidas de prevención, “es evidente que los Estados solo pueden actuar dentro de los límites del derecho internacional”²⁵⁴. La Comisión consideró importante expresar ese requisito de manera explícita en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, y por ello ha incluido una cláusula en la que se indica que toda medida de prevención ha de adoptarse “de conformidad con el derecho internacional”. Así pues, las medidas adoptadas por un Estado para cumplir esta obligación han de ser compatibles con las normas del derecho internacional, incluidas las normas sobre el uso de la fuerza establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario

²⁵⁰ *Ibid.*, párr. 425.

²⁵¹ *Ibid.*, pág. 220, párr. 427.

²⁵² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, providencia sobre medidas provisionales, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 22, párr. 45.

²⁵³ *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, nota 249 *supra*, pág. 111, párr. 162.

²⁵⁴ *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

y el derecho de los derechos humanos. Solo se espera del Estado que tome las medidas que legalmente pueda adoptar según el derecho internacional para prevenir los crímenes de lesa humanidad.

9) Como se establece en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, esta obligación de prevención contiene expresa o implícitamente cuatro elementos. En primer lugar, en virtud de este compromiso, los Estados tienen la obligación de no “cometer tales actos por medio de sus propios órganos, o de las personas respecto de las cuales tuvieran un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional”²⁵⁵. Como señaló la Corte Internacional de Justicia al examinar la obligación de prevención análoga contenida en el artículo I de la Convención sobre el Genocidio:

“En el artículo I, los Estados partes se comprometen a prevenir la comisión de este tipo de acto, que el artículo describe como “un delito de derecho internacional”. El artículo no exige expresamente a los Estados que se abstengan de cometer actos de genocidio. Sin embargo, en opinión de la Corte, teniendo en cuenta el propósito reconocido de la Convención, el artículo I tiene el efecto de prohibir a los Estados que cometan ellos mismos el delito de genocidio. Esta prohibición se desprende, en primer lugar, del hecho de que el artículo caracteriza al genocidio como “un delito de derecho internacional”: al aceptar esta caracterización, los Estados partes lógicamente se comprometen a no cometer el acto descrito. En segundo lugar, esta prohibición se infiere de la obligación expresa de prevenir la comisión de actos de genocidio. Esta obligación exige, entre otras cosas, que los Estados partes empleen los medios a su disposición, en las circunstancias que se describen en mayor detalle posteriormente en este fallo, para evitar que personas o grupos que no se hallen bajo su autoridad directa cometan un acto de genocidio o alguno de los demás actos mencionados en el artículo III. Sería paradójico que los Estados tuvieran, por lo tanto, la obligación de prevenir, en la medida de sus posibilidades, la comisión de actos de genocidio por parte de personas sobre las que tienen una cierta influencia, pero que no se les prohibiera cometer esos actos a través de sus propios órganos, o de personas sobre las que tuvieran un control tal que sus actos serían atribuibles al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional. En resumen, la obligación de prevenir el genocidio implica necesariamente la prohibición de cometer el delito de genocidio.”²⁵⁶

10) La Corte también decidió que la obligación sustantiva contemplada en el artículo I no se circunscribía, en sus propios términos, a un territorio, sino que era aplicable “a un Estado dondequiera que actuara o pudiera actuar de manera adecuada a fin de cumplir la obligación en cuestión”²⁵⁷.

11) Ante el incumplimiento de esta obligación de no cometer esos actos directamente, el Estado incurre en responsabilidad si la conducta en cuestión es atribuible al Estado en virtud de las normas relativas a la responsabilidad del Estado. Precisamente, en el contexto de las controversias que puedan surgir en el marco de la Convención sobre el Genocidio, el artículo IX se refiere, entre otras cosas, a las controversias “relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio”. Si bien gran parte de la Convención sobre el Genocidio se refiere principalmente al enjuiciamiento de individuos por cometer el delito de genocidio, la Corte Internacional de Justicia ha subrayado que el incumplimiento de la obligación de prevenir no constituye una violación de naturaleza penal por parte del Estado, sino más bien un incumplimiento del derecho internacional que entraña la responsabilidad

²⁵⁵ *Ibid.*, pág. 113, párr. 166.

²⁵⁶ *Ibid.*, pág. 113, párr. 166.

²⁵⁷ *Ibid.*, pág. 120, párr. 183.

del Estado²⁵⁸. El planteamiento de la Corte concuerda con las opiniones expresadas anteriormente por la Comisión²⁵⁹, por ejemplo en el comentario de los Artículos de 2001 sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: “Cuando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio Estado es responsable de los hechos de que se trate o por no haberlos prevenido o sancionado”²⁶⁰.

12) En segundo lugar, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de “emplear todos los medios de que disponen [...] con la finalidad de prevenir que personas o grupos que no se encuentran directamente bajo su autoridad cometan” esos actos²⁶¹. En este último caso, se pretende que el Estado parte ponga su máximo empeño (un estándar de diligencia debida) cuando tenga la “capacidad de influir efectivamente sobre las acciones de las personas que podrían cometer, o que estén cometiendo, el delito de genocidio”, lo que a su vez depende de los vínculos geográficos, políticos y de otro tipo que existen entre el Estado parte y las personas o grupos en cuestión²⁶². Ese estándar con respecto a la obligación de prevención establecido en la Convención sobre el Genocidio fue analizado por la Corte Internacional de Justicia del siguiente modo:

“[E]s evidente que la obligación en cuestión es de conducta y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede estar obligado a lograr prevenir, cualesquiera que sean las circunstancias, la comisión de actos de genocidio: la obligación de los Estados partes es, más bien, emplear todos los medios razonablemente a su disposición a fin de prevenir el genocidio en la medida de lo posible. Un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque no ha logrado conseguir el resultado deseado; sin embargo, incurrirá en responsabilidad si resulta manifiesto que no ha adoptado todas las medidas a su alcance para prevenir el genocidio, y que podrían haber ayudado a prevenir el genocidio. En este ámbito, es de importancia crítica el concepto de ‘diligencia debida’, que exige un análisis del caso concreto. Cuando se intenta determinar si un Estado ha cumplido esta obligación, entran en juego varios parámetros. El primero, que varía considerablemente de un Estado a otro, es sin duda la capacidad de influir verdaderamente sobre la conducta de personas que podrían cometer, o están cometiendo, actos de genocidio. Esta capacidad depende, entre otras cosas, de la distancia geográfica que separa al Estado en cuestión del lugar de los hechos, y de cuán estrechos sean los vínculos políticos, o de otro tipo, que existen entre las autoridades de ese Estado y los protagonistas de los hechos. La capacidad de influencia que tiene el Estado también se debe evaluar en función de criterios jurídicos, puesto que es evidente que los Estados solo pueden actuar dentro de los límites del derecho internacional; por tanto, la capacidad de influencia de un Estado puede variar en función de la posición jurídica que ocupa frente a las situaciones y las personas que podrían ser víctimas, o efectivamente lo sean, de actos de genocidio. Por otra parte, es irrelevante que el Estado al que se pretende atribuir responsabilidad por los hechos afirme, o hasta pruebe, que incluso si hubiera empleado todos los medios razonablemente a su disposición, estos no habrían sido suficientes para prevenir la comisión del delito de genocidio. Este argumento no solo es generalmente difícil de probar, sino que

²⁵⁸ *Ibid.*, pág. 114, párr. 167 (la Corte determinó que “la naturaleza de la responsabilidad internacional es muy distinta de la de la responsabilidad penal”).

²⁵⁹ *Anuario...*, 1998, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 248 (en el que la Comisión determinó que la Convención sobre el Genocidio “en su artículo IX, relativo a la responsabilidad del Estado, no [...] hacía referencia al crimen de Estado ni a la responsabilidad penal del Estado”).

²⁶⁰ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), pág. 152 (párr. 3 del comentario del artículo 58).

²⁶¹ *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, nota 249 *supra*, pág. 113, párr. 166.

²⁶² *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

resulta irrelevante al objeto de determinar si se ha incumplido la obligación de conducta en cuestión, sobre todo porque existe la posibilidad de que los esfuerzos conjuntos de varios Estados, cada uno cumpliendo su obligación de prevenir, podrían haber permitido alcanzar el resultado buscado, es decir, prevenir la comisión del delito de genocidio, cuando los esfuerzos de un solo Estado no hubieran bastado para obtenerlo.”²⁶³

Al mismo tiempo, la Corte sostuvo que “un Estado únicamente puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio si efectivamente se ha cometido un genocidio”²⁶⁴.

13) En tercer lugar, y como se desprende de lo que antecede, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 obliga a los Estados a poner en marcha activamente y con antelación medidas destinadas a impedir que se cometa el delito, por ejemplo “[a]doptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control”, como se indica en el apartado a). Este texto se inspira en el artículo 2, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura, que dispone: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”²⁶⁵.

14) Se emplea la expresión “otras medidas preventivas”, en vez de solo “de otra índole”, para reforzar la idea de que las medidas a que se hace referencia en esta cláusula únicamente guardan relación con la prevención. El término “eficaces” significa que se espera que el Estado mantenga en examen las medidas que ha adoptado y, que si son deficientes, las mejore adoptando medidas más eficaces. En sus observaciones sobre la disposición análoga de la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura ha declarado lo siguiente:

“Los Estados partes están obligados a eliminar todos los obstáculos legales y de otra índole que impidan la erradicación de la tortura y los malos tratos, y a adoptar medidas eficaces para impedir efectivamente esas conductas y su reiteración. También tienen la obligación de mantener en examen y mejorar constantemente su legislación nacional y actuación en lo que respecta a la Convención, de conformidad con las observaciones finales y los dictámenes del Comité a propósito de las comunicaciones individuales. Si las medidas adoptadas por el Estado parte no cumplen el propósito de erradicar los actos de tortura, la Convención exige que se reexaminen o que se adopten nuevas medidas más eficaces.”²⁶⁶

15) En cuanto a las medidas específicas que deberá adoptar un Estado, en 2015 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre la prevención del genocidio²⁶⁷ que aporta información sobre el tipo de medidas que se espera que se adopte para dar cumplimiento al artículo I de la Convención sobre el Genocidio. Entre otras cosas, en la resolución: 1) se reiteró “la responsabilidad de cada Estado a título individual de proteger a su población contra el genocidio, lo que conlleva la prevención de este crimen, incluida la incitación a cometerlo, por los

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*, pág. 221, párr. 431; véase *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), pág. 27 (Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, art. 14 3): “La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento [...]”.

²⁶⁵ Convención contra la Tortura, nota 226 *supra*, art. 2 1).

²⁶⁶ Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2, párr. 4 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4) (2007).

²⁶⁷ Documento A/HRC/28/L.25 (23 de marzo de 2015).

medios que sean apropiados y necesarios”²⁶⁸; 2) se alentó “a los Estados Miembros a fomentar su capacidad de prevenir el genocidio mediante el desarrollo de los propios conocimientos especializados y la creación de oficinas apropiadas en los gobiernos para intensificar la labor de prevención”²⁶⁹; y 3) se alentó “a los Estados a que estudien la posibilidad de nombrar coordinadores para la prevención del genocidio que puedan cooperar e intercambiar información y mejores prácticas entre ellos y con el Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, así como con los órganos de las Naciones Unidas y los mecanismos regionales y subregionales pertinentes”²⁷⁰.

16) En el contexto regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950²⁷¹ no contiene ninguna obligación expresa de “prevenir” las infracciones del Convenio, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 2, párrafo 1 (relativo al derecho a la vida) contiene esa obligación y exige que se adopten medidas preventivas apropiadas, por ejemplo “estableciendo un marco administrativo y jurídico adecuado para disuadir la comisión de delitos contra las personas, respaldado por un mecanismo de aplicación de la ley para la prevención, la represión y el castigo de todo incumplimiento de esas disposiciones”²⁷². Al mismo tiempo, el Tribunal ha reconocido que la obligación del Estado parte en este sentido es limitada²⁷³. Del mismo modo, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²⁷⁴ no contiene ninguna obligación expresa de “prevenir” las violaciones de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la obligación de los Estados partes de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención²⁷⁵, ha llegado a la conclusión de que esta obligación implica un “deber de

²⁶⁸ *Ibid.*, párr. 2.

²⁶⁹ *Ibid.*, párr. 3.

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 4.

²⁷¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, pág. 221.

²⁷² *Makaratzis v. Greece*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Reports of Judgment and Decisions 2004-XI, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, demanda núm. 50385/99, 20 de diciembre de 2004, párr. 57; véase *Kiliç v. Turkey*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Reports of Judgment and Decisions 2000-III Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala, demanda núm. 22492/93, 28 de marzo de 2000, párr. 62 (en que el Tribunal determinó que el artículo 2, párrafo 1, obligaba al Estado parte no solo a abstenerse de privar a alguien de su vida ilegítima e intencionadamente, sino también a adoptar las medidas adecuadas con arreglo a su ordenamiento jurídico interno para salvaguardar la vida de las personas que se encontraran dentro de su jurisdicción).

²⁷³ *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Reports of Judgment and Decisions 2000-III Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala, demanda núm. 22535/93, 28 de marzo de 2000, párr. 86 (“Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la vigilancia de las sociedades modernas, la imprevisibilidad de la conducta humana y las elecciones operativas que deben tomarse en cuanto a las prioridades y los recursos, la obligación positiva [del artículo 2, párrafo 1] debe interpretarse de manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades”); véanse también *Kerimova and others v. Russia*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala, demandas núms. 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 y 5684/05, 3 de mayo de 2011 (definitiva de 15 de septiembre de 2011), párr. 246; *Osman v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Reports 1998-VIII, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, demanda núm. 87/1997/871/1083, de 28 de octubre de 1998, párr. 116.

²⁷⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha en San José el 22 de noviembre de 1969, Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 36.

²⁷⁵ El artículo 1 1) establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...]”. Cabe señalar que el artículo 1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos estipula que los Estados partes reconocerán los derechos, obligaciones y libertades consagrados en la Carta y se comprometerán a

prevención”, que a su vez supone que el Estado parte debe adoptar ciertas medidas. La Corte ha determinado que: “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte”²⁷⁶. Un razonamiento similar ha sustentado el enfoque seguido por esta Corte al interpretar el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985²⁷⁷.

17) Así pues, las medidas preventivas específicas que un determinado Estado deberá adoptar con respecto a los crímenes de lesa humanidad dependerán del contexto y los riesgos en cuestión para ese Estado con respecto a esos crímenes. Una obligación de esta índole en general obliga al Estado parte a: 1) aprobar la legislación y las políticas nacionales necesarias para dar a conocer el carácter delictivo del acto y promover la detección temprana de los riesgos de su comisión; 2) someter continuamente a examen esa legislación y esas políticas y, de ser necesario, mejorarlas; 3) emprender iniciativas para informar a funcionarios públicos respecto de las obligaciones asumidas por el Estado con arreglo al proyecto de artículos; 4) poner en marcha programas de formación para la policía, el ejército, las milicias y otros funcionarios pertinentes en la medida en que sea necesario para ayudar a prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad; y 5) cuando se cometa el acto prohibido, cumplir de buena fe cualquier otra obligación de investigar y enjuiciar o extraditar a los responsables, puesto que ello ayudaría, en parte, a disuadir a otras personas de cometer estos actos en el futuro²⁷⁸. Es posible que ya existan en el Estado algunas medidas, tales como programas de formación, para ayudar a prevenir actos ilícitos (como el homicidio, la tortura o la violación) que están relacionados con los crímenes

adoptar medidas legislativas o de otra índole para hacerlos efectivos” (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, pág. 217).

²⁷⁶ *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (fondo), 4 Corte Interamericana de Derechos Humanos (serie C), núm. 4, 29 de julio de 1988, párr. 175; véanse también *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos (serie C), núm. 110, 8 de julio de 2004, párr. 155; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos (serie C), núm. 99, 7 de junio de 2003, párrs. 137 y 142.

²⁷⁷ *Tibi vs. Ecuador*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos (serie C), núm. 114, 7 de septiembre de 2004, párr. 159; véase también *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, nota 276 *supra*, párr. 155.

²⁷⁸ Véanse medidas comparables con respecto a la prevención de violaciones específicas de los derechos humanos en Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 6, párrs. 1 y 2 (A/43/38) (1988); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 15 (A/45/38) (1990); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19, párr. 9 (A/47/38) (1992); Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 5, párr. 9 (CRC/GC/2003/5) (2003); Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (CCPR/C/Rev.1/Add.13) (2004); Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 6, párrs. 50 a 63 (CRC/GC/2005/6) (2005); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 31, párr. 5 (CERD/C/GC/31/Rev.4) (2005); véanse también los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, resolución 60/147 de la Asamblea General (16 de diciembre de 2005), anexo, documento A/RES/60/147, párr. 3 a) (“La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de [...] adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones”).

contra la humanidad. El Estado está obligado a complementar esas medidas, según sea necesario, para prevenir específicamente los crímenes de lesa humanidad. En este caso la responsabilidad internacional del Estado también surge cuando el Estado parte no ha puesto el máximo empeño para organizar el aparato gubernamental y administrativo, cuando fuera necesario y apropiado, a fin de reducir al mínimo la probabilidad de que se cometa el acto prohibido.

18) El proyecto de artículo 4, párrafo 1 a), hace referencia a un Estado que adopta medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces “en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control”. Esta formulación debe entenderse en el mismo sentido que anteriores temas en que la Comisión ha abordado la prevención en otros contextos, como la prevención de los daños al medio ambiente²⁷⁹. Se refiere al territorio de un Estado, pero también a las actividades realizadas en otro territorio que esté bajo el control del Estado. Como la Comisión ha explicado anteriormente,

“abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de jure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión. Cabe recordar, a este respecto, la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Namibia*. En esa opinión consultiva, la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte halló ilegal y afirmar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante ciertas consecuencias legales al control *de facto* de Sudáfrica sobre Namibia.”²⁸⁰

19) En cuarto lugar, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de establecer ciertas formas de cooperación, no solo entre sí, sino también con organizaciones como las Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El deber de los Estados de cooperar en la prevención de los crímenes de lesa humanidad dimana, en primer lugar, del Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas²⁸¹, en el que se indica que uno de los propósitos de la Carta es “[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter [...] humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos [...]”. Asimismo, en los Artículos 55 y 56 de la Carta, todos los Miembros de las Naciones Unidas se comprometen “a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de” ciertos propósitos, entre ellos “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos [...]”. Concretamente, en lo que respecta a la prevención de los crímenes de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció en sus Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad de 1973 la

²⁷⁹ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), págs. 160 y 161, párrs. 7) a 12) (comentario al proyecto de artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas).

²⁸⁰ *Ibid.*, pág. 161, párr. 12) (donde se cita *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en la pág. 54, párr. 118); véase también *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), pág. 77, párr. 25) (comentario al proyecto de principio 2 del Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, en la pág. 242, párr. 29 (donde se hace referencia a la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades realizadas en los territorios bajo su “jurisdicción y control” respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional).

²⁸¹ Carta de las Naciones Unidas, hecha en San Francisco el 26 de junio de 1945.

existencia de una responsabilidad general de cooperación interestatal y acción intraestatal para prevenir la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la Asamblea afirmó que “los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin”²⁸².

20) Por consiguiente, en el apartado b) del proyecto de artículo 4 se indica que los Estados deberán cooperar entre sí a fin de prevenir los crímenes de lesa humanidad y cooperar con organizaciones intergubernamentales pertinentes. Con el término “pertinentes” se pretende indicar que la cooperación con una organización intergubernamental determinada dependerá, entre otras cosas, de las funciones de la organización, de la relación del Estado con esa organización y del contexto en el que se plantee la necesidad de cooperación. Asimismo, en el apartado b) se establece que los Estados deberán cooperar, según proceda, con otras organizaciones. Podría tratarse de organizaciones no gubernamentales que pueden desempeñar una función importante en la prevención de los crímenes de lesa humanidad en determinados países. Se utiliza la expresión “según proceda” para indicar que la obligación de cooperación, además de tener carácter contextual, no se aplica a esas organizaciones en la misma medida que a los Estados y las organizaciones intergubernamentales pertinentes.

21) En el proyecto de artículo 4, párrafo 2, se indica que no podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación del delito. Este texto se inspira en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura²⁸³, pero se ha pulido para ajustarlo mejor al contexto de los crímenes de lesa humanidad. Las palabras “estado de guerra o amenaza de guerra” se han sustituido por “conflicto armado”, como se hizo en el proyecto de artículo 2. Además, se ha empleado la expresión “tales como” para destacar que los ejemplos citados no pretenden ser exhaustivos.

22) En otros tratados relativos a delitos graves a nivel mundial o regional encontramos disposiciones similares. Por ejemplo, el artículo 1, párrafo 2, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 contiene una disposición redactada en términos similares²⁸⁴, al igual que el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985²⁸⁵.

²⁸² *Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad*, resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General (3 de diciembre de 1973), párr. 3.

²⁸³ Convención contra la Tortura, nota 226 *supra*. El artículo 2 2) establece: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

²⁸⁴ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, nota 229 *supra*. El artículo 1 2) establece: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”.

²⁸⁵ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, nota 236 *supra*. El artículo 5 establece: “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.”

23) Una de las ventajas de esta formulación con respecto a los crímenes de lesa humanidad es que está redactada de manera que pueda hacer referencia a la conducta de los Estados o de actores no estatales. Al mismo tiempo, el párrafo solo aborda esta cuestión en el contexto de la obligación de prevención y no, por ejemplo, en el contexto de las justificaciones que una persona puede alegar en un procedimiento penal o de otras circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, que se abordarán más adelante.

Capítulo VIII

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

A. Introducción

118. 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 Trabajo al respecto en su 61º período de sesiones²⁸⁶. En el 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 celebrados en el Grupo de Estudio giraron en torno a la identificación 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 tema²⁸⁷.

119. Del 62º período de sesiones al 64º período de sesiones (2010 a 2012) se volvió a constituir 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 especial²⁸⁸, la jurisprudencia de los regímenes especiales relativa a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior²⁸⁹ y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de los procedimientos judiciales y cuasijudiciales²⁹⁰.

120. En el 64º período de sesiones (2012), la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio²⁹¹, 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 ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”²⁹².

²⁸⁶ En su 2997ª sesión, el 8 de agosto de 2008. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10)*, párr. 353. Por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase *ibid.*, anexo A. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

²⁸⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párrs. 220 a 226.

²⁸⁸ *Ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párrs. 344 a 354; e *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 337.

²⁸⁹ *Ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párrs. 338 a 341; y sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párrs. 230 y 231.

²⁹⁰ *Ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párrs. 232 a 234. 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 Estudio (*ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 344). 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 Estudio (*ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 240). 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 Estudio (*ibid.*, párrs. 235 a 239).

²⁹¹ *Ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párrs. 226 y 239.

²⁹² *Ibid.*, párr. 227.

121. En el 65º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/660) y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión²⁹³.

122. En el 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671) y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión²⁹⁴.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

123. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/683), en el que se analizaba la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales y se proponía un proyecto de conclusión 11 sobre esa cuestión. En particular, tras abordar el artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional), el tercer informe se centraba en cuestiones relacionadas con la aplicación de las reglas de la Convención de Viena sobre la interpretación de los tratados a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. También abordaba varias cuestiones relativas a los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), así como el artículo 32, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales.

124. La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3259ª a 3262ª, celebradas los días 29 de mayo y 2, 3 y 4 de junio de 2015.

125. Tras las deliberaciones sobre el tercer informe, la Comisión, en su 3262ª sesión, celebrada el 4 de junio de 2015, decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 11 presentado por el Relator Especial, titulado “Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales”.

126. En su 3266ª sesión, celebrada el 8 de julio de 2015, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 11 (véase la sección C.1 *infra*).

127. En sus sesiones 3284ª a 3285ª y 3288ª, celebradas los días 4 y 6 de agosto de 2015, respectivamente, la Comisión aprobó el comentario al proyecto de conclusión aprobado provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

²⁹³ *Ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10), párrs. 33 a 39.

La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados); 2 (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación); 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo); 4 (Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior); y 5 (Atribución de la práctica ulterior).

²⁹⁴ *Ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), párrs. 70 a 76. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 6 (Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior); 7 (Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación); 8 (Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación); 9 (Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado); y 10 (Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes).

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de conclusión

128. El texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación²⁹⁵.

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, párrafo 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

²⁹⁵ Para consultar los comentarios a los proyectos de conclusión 1 a 5, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 39. Para consultar los comentarios a los proyectos de conclusión 6 a 10, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 76.

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, párrafo 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, párrafo 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.

Conclusión 6

Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. La identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31, párrafo 3, requiere, en particular, la determinación de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición con respecto a la interpretación del tratado. Ese no suele ser el caso si las partes han acordado simplemente no aplicar el tratado temporalmente o han acordado establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, pueden adoptar diversas formas.

3. La identificación de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 requiere, en particular, determinar si el comportamiento ha sido seguido por una o más partes en la aplicación del tratado.

Conclusión 7

Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3, contribuyen, en su interacción con otros medios de interpretación, a la aclaración del sentido de un tratado. Ello puede dar lugar a la restricción, la ampliación o la determinación, de algún otro modo, de las posibles

interpretaciones, incluido cualquier margen de discrecionalidad que el tratado conceda a las partes.

2. La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 también puede contribuir a aclarar el sentido de un tratado.

3. Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo alcanzado ulteriormente o una práctica seguida en la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la enmienda o la modificación de los tratados previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el derecho internacional consuetudinario.

Conclusión 8

Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

1. El peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medios de interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3, depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad.

2. El peso de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 b), depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga.

3. El peso de la práctica ulterior como medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 puede depender de los criterios mencionados en los párrafos 1 y 2.

Conclusión 9

Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante.

2. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que haya un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), puede variar. El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción.

Conclusión 10

Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

1. Una conferencia de Estados partes, en el sentido del presente proyecto de conclusiones, es una reunión de Estados partes en un tratado a los fines de examinar o aplicar el tratado, salvo que actúen en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a), o dar lugar a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 b), o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a

menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, en la medida en que exprese un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma y del procedimiento seguido para su adopción, incluido el consenso.

Conclusión 11

Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

1. Los artículos 31 y 32 son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de esos tratados, y cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32, pueden provenir, o ser expresión, de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo.

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32.

4. Los párrafos 1 a 3 son aplicables a la interpretación de cualquier tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización.

2. Texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión en su 67º período de sesiones

129. El texto del proyecto de conclusión y el comentario correspondiente aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

Conclusión 11

Instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

1. Los artículos 31 y 32 son aplicables a los tratados que sean el instrumento constitutivo de una organización internacional. Por consiguiente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de esos tratados, y cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

2. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32, pueden provenir, o ser expresión, de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo.

3. La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento cuando se aplican los artículos 31, párrafo 1, y 32.

4. Los párrafos 1 a 3 son aplicables a la interpretación de cualquier tratado que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 se refiere a un determinado tipo de tratado, a saber, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y a la forma en que los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior deberán o podrán tenerse en cuenta para su interpretación con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2) Los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se abordan de manera específica en el artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone lo siguiente:

“La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.”²⁹⁶

3) Al igual que cualquier tratado, un instrumento constitutivo de una organización internacional en el sentido del artículo 5 es un acuerdo internacional “ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos” (artículo 2 1) a)). Las disposiciones contenidas en dicho tratado forman parte de ese instrumento constitutivo²⁹⁷.

4) En general, al establecer que la Convención de Viena también se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización²⁹⁸, el artículo 5 sigue el enfoque general de la Convención, según el cual los tratados entre Estados están sujetos a las normas establecidas en la Convención “salvo que el tratado disponga otra cosa”²⁹⁹.

5) El proyecto de conclusión 11 se refiere únicamente a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Por tanto, no aborda todos los aspectos de la función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados que conciernen a las organizaciones internacionales. En particular, no se aplica a la interpretación de los tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional ni de los tratados celebrados por organizaciones internacionales que no son ellos mismos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales³⁰⁰. Además, el proyecto de conclusión 11 no se aplica a la interpretación de las decisiones de los órganos de organizaciones

²⁹⁶ Véase también la disposición paralela del artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986, [A/CONF.129/15](#).

²⁹⁷ El artículo 20 3) de la Convención de Viena requiere la aceptación, por el órgano competente de la organización, de las reservas relativas a su instrumento constitutivo. Duodécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario...*, 2007, vol. II (primera parte), pág. 48, párrs. 75 a 77, documento [A/CN.4/584](#), S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), pág. 204.

²⁹⁸ *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 210; K. Schmalenbach, “Art. 5” en *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), (Heidelberg, Springer 2012), pág. 89, párr. 1.

²⁹⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 16; 19 a) y b); 20 1), 3), 4) y 5); 22; 24 3); 25 2); 44 1); 55; 58 2); 70 1); 72 1); y 77 1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331).

³⁰⁰ Esta última categoría se aborda en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales ([A/CONF.129/15](#)).

internacionales como tales³⁰¹, incluida la interpretación de las decisiones de los tribunales internacionales³⁰², ni a los efectos de una “clara y constante jurisprudencia”³⁰³ (“*jurisprudence constante*”) de los tribunales³⁰⁴. Por último, la conclusión no se ocupa de manera específica de las cuestiones relativas a las decisiones de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados integrados por expertos independientes, ni al peso que ha de atribuirse a determinados tipos de práctica más en general, cuestiones que se pueden abordar más adelante.

6) *En la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 11 se reconoce la aplicabilidad de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena a los tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales*³⁰⁵. La Corte Internacional de Justicia lo ha confirmado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*:

Desde un punto de vista formal, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son tratados multilaterales, a los que se aplican las normas establecidas de interpretación de los tratados.³⁰⁶

7) La Corte ha sostenido con respecto a la Carta de las Naciones Unidas:

“En las anteriores ocasiones en que la Corte ha tenido que interpretar la Carta de las Naciones Unidas, ha seguido los principios y normas aplicables en general a la interpretación de los tratados, habida cuenta de que ha reconocido que la Carta es un tratado multilateral, aunque con ciertas características especiales.”³⁰⁷

8) Al mismo tiempo, el artículo 5 sugiere, y las decisiones de los tribunales internacionales confirman, que los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales también son tratados de un tipo particular que puede ser necesario

³⁰¹ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 442, párr. 94 (“Si bien las normas relativas a la interpretación de los tratados contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pueden ofrecer orientación, las diferencias entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados también hacen necesario tener en cuenta otros factores para interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad”); véase también H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Eight”, *British Yearbook of International Law*, vol. 67 (1996), págs. 1 y ss., en especial pág. 29; M. C. Wood, “The Interpretation of Security Council Resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), págs. 73 y ss., en especial pág. 85; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2ª ed. 2015), pág. 127.

³⁰² *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fallo, *I.C.J. Reports 2013*, págs. 281 y ss., en especial pág. 307, párr. 75 (“Un fallo de la Corte no puede equipararse a un tratado, que es un instrumento cuya fuerza vinculante y cuyo contenido emanan del consentimiento de los Estados contratantes y cuya interpretación puede verse afectada por el comportamiento ulterior de dichos Estados, de conformidad con el principio establecido en el artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”).

³⁰³ Véanse *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury (Developments Limited and others)* [2001] UKHL 231; *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah; Do (FC) v. Immigration Appeal Tribunal* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham); *Regina (On The Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State For Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

³⁰⁴ Esta jurisprudencia puede ser un medio para determinar normas de derecho, como se indica, en particular, en el artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945.

³⁰⁵ Gardiner, nota 301 *supra*, págs. 281 y 282.

³⁰⁶ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74, párr. 19.

³⁰⁷ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 157.

interpretar de una manera específica. En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado:

“Sin embargo, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales son también tratados de tipo particular; su objeto es crear nuevos sujetos de derecho, dotados de cierta autonomía, a los que las partes confían la tarea de lograr objetivos comunes. Tales tratados pueden plantear problemas específicos de interpretación, debido, en particular, a su carácter, que es convencional y al mismo tiempo institucional; la naturaleza misma de la organización creada, los objetivos que le hayan asignado sus fundadores, los imperativos asociados al cumplimiento efectivo de sus funciones, así como su propia práctica, son todos ellos elementos que pueden merecer especial atención en el momento de interpretar esos tratados constitutivos.”³⁰⁸

9) *La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 11* se refiere más concretamente a los elementos de los artículos 31 y 32 relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación y confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, son medios de interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, y que cualquier otra práctica ulterior en el sentido del artículo 32 también puede serlo.

10) La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el artículo 31 3) b), se aplica a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, tras describir los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales como tratados de un tipo particular, la Corte expuso su interpretación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) al afirmar:

“Según la norma consuetudinaria de interpretación expresada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, los términos de un tratado deben interpretarse ‘en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ y ‘juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...] 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’.”³⁰⁹

Remitiéndose a diferentes precedentes de su propia jurisprudencia en que, entre otras cosas, había hecho uso de la práctica ulterior en el sentido del artículo 31 3) b), como medio de interpretación, la Corte anunció que aplicaría el artículo 31 3) b):

“[...] en este caso a fin de determinar si, de conformidad con la Constitución de la OMS, la cuestión a la que se le ha pedido que responda se plantea ‘dentro de la esfera de [las] actividades’ de esa Organización.”³¹⁰

11) *La Causa relativa a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* es otra decisión en que la Corte ha destacado, en una causa relacionada con la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional³¹¹, la práctica ulteriormente seguida por las partes. Partiendo de la observación de que “los Estados miembros también han encomendado a la Comisión ciertas tareas que

³⁰⁸ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 75, párr. 19.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Véase el artículo 17 del Convenio y Estatutos relativos al Desarrollo de la Cuenca del Chad (Tratado de Fort-Lamy de 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), pág. 80; en general: P. H. Sand, “Development of International Water Law in the Lake Chad Basin”, *ibid.*, págs. 52 a 76.

inicialmente no estaban previstas en los textos de los tratados”³¹², el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Del análisis de los textos de los tratados y de la práctica [seguida por las partes] en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus facultades dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, su objeto no es solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, así pues, no entra en el Capítulo VIII de la Carta.”³¹³

12) El artículo 31 3) a), también es aplicable a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales³¹⁴. No obstante, son poco comunes los acuerdos ulteriores autónomos entre los Estados miembros relativos a la interpretación de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Cuando se plantean cuestiones de interpretación con respecto a tales instrumentos, las partes actúan en su mayoría como miembros en el marco del órgano plenario de la organización. Si existe la necesidad de modificar, enmendar o complementar el tratado, los Estados miembros o bien utilizan el procedimiento de enmienda previsto en el tratado, o bien celebran un nuevo tratado, por lo general un protocolo³¹⁵. No obstante, también es posible que las partes actúen como tales cuando se reúnan en el marco de un órgano plenario de la organización correspondiente. En 1995:

“Los Gobiernos de los quince Estados miembros han acordado que esta decisión constituye la interpretación convenida y definitiva de las disposiciones del Tratado.”³¹⁶

Es decir que:

“el nombre de la moneda europea será Euro. [...] El nombre específico Euro se utilizará en lugar del término genérico Ecu utilizado por el Tratado para referirse a la unidad monetaria europea.”³¹⁷

Esta decisión de los Estados miembros reunidos en el marco de la Unión Europea se ha considerado, en la doctrina, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a)³¹⁸.

13) A veces es difícil determinar si “los Estados miembros reunidos en el marco” de un órgano plenario de una organización internacional tienen la intención de actuar en su calidad de miembros de ese órgano, como suelen hacer, o si se proponen actuar en su calidad independiente de Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización³¹⁹. Al abordar esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea inicialmente recurrió a los términos del acto en cuestión:

³¹² *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial pág. 305, párr. 65.

³¹³ *Ibid.*, págs. 306 y 307, párr. 67.

³¹⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 31 de marzo de 2014, párr. 46; puede consultarse en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>; véase también la nota 341 *infra* y el texto que la acompaña.

³¹⁵ Véanse los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena.

³¹⁶ Véase Consejo Europeo de Madrid, Conclusiones de la Presidencia, Boletín de la Unión Europea, núm. 12 (1995), pág. 10, en I. A. I.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Véase A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), pág. 215; G. Hafner, “Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification and Formal Amendment”, en *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (ed.), (Oxford, Oxford University Press, 2013), págs. 105 y ss., en especial págs. 109 y 110.

³¹⁹ P. C. G. Kapteyn y P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3ª edición (Londres, Kluwer Law International, 1998), págs. 340 a 343.

“Del tenor literal de dicha disposición se desprende claramente que los actos adoptados por los representantes de los Estados miembros, cuando no actúan en calidad de miembros del Consejo, sino en calidad de representantes de su Gobierno, ejerciendo así conjuntamente las competencias de los Estados miembros, no están sometidos al control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia.”³²⁰

No obstante, posteriormente, el Tribunal concedió una importancia decisiva al “contenido y [el] conjunto de las circunstancias en las que se adoptó [la decisión]” a fin de determinar si se trataba de una decisión del órgano o de los propios Estados miembros como partes en el tratado:

“En consecuencia, no basta con que un acto se califique de ‘decisión de los Estados miembros’ para sustraerlo al control establecido en el artículo 173 del Tratado. Para ello es preciso además comprobar que dicho acto, habida cuenta de su contenido y del conjunto de las circunstancias en las que se adoptó, no constituye en realidad una decisión del Consejo.”³²¹

14) Aparte de los acuerdos ulteriores o la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de todas las partes en el sentido del artículo 31 3) a) y b), otra práctica ulteriormente seguida por una o varias partes en la aplicación del instrumento constitutivo de una organización internacional también puede ser pertinente para la interpretación de ese tratado³²². Por ejemplo, los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, al igual que otros tratados multilaterales, a veces se aplican mediante práctica o acuerdos bilaterales o regionales ulteriores³²³. Esos tratados bilaterales no son, por lo tanto, acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31 3) a), aunque solo sea porque se celebran entre un número limitado de partes en el instrumento constitutivo multilateral. Sin embargo, pueden dar lugar a afirmaciones sobre la interpretación del propio instrumento constitutivo y servir de medios de interpretación complementarios con arreglo a lo previsto en el artículo 32.

15) *El párrafo 2 del proyecto de conclusión 11* pone de relieve una manera determinada en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido de los artículos 31 3) y 32 pueden surgir o expresarse. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes pueden “provenir” de sus reacciones a la práctica de una organización internacional en la aplicación de un instrumento constitutivo. Alternativamente, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados partes en un acuerdo constitutivo pueden “ser expresión” de la práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo. La expresión “provenir” tiene por objeto abarcar la generación y el desarrollo de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, mientras que “ser expresión de” se utiliza en el sentido de reflejar y

³²⁰ Asuntos acumulados núms. C-181/91 y C-248/91, *Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas* [1993], Recopilación de Jurisprudencia I-3713, párr. 12.

³²¹ *Ibid.*, párr. 14.

³²² Véanse los proyectos de conclusión 1 4) y 4 3), Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, capítulo IV, págs. 11 y 12; pág. 17, párr. 10; págs. 39 a 44, párrs. 22 a 36.

³²³ Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, pág. 295) firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944; P. P. C. Haanappel, “Bilateral Air Transport Agreements – 1913-1980”, *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), págs. 241 y ss., en especial págs. 241 a 267; L. Tomas, “Air Transport Agreements, Regulation of Liability”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (puede consultarse en: <http://www.mpepil.com>); B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), pág. 10.

articular tales acuerdos y tal práctica. Cualquiera de las dos variantes de la práctica de una organización internacional puede reflejar acuerdos ulteriores o una práctica ulterior de los Estados partes en el instrumento constitutivo de la organización (véase el proyecto de conclusión 4)³²⁴.

16) En su opinión consultiva sobre la *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la posibilidad de que la práctica de una organización reflejara un acuerdo o la práctica de los propios Estados miembros como partes en el tratado, pero concluyó que en ese caso la práctica no expresaba una práctica ulterior en el sentido del artículo 31 3) b), ni equivalía a esta:

“La propia resolución WHA46.40, que se aprobó, no sin oposición, tan pronto como la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares se planteó en la OMS, no puede interpretarse en el sentido de que expresa una práctica que establece un acuerdo de los miembros de la Organización para interpretar que su Constitución la faculta para examinar la cuestión de la legalidad del uso de las armas nucleares.”³²⁵

17) En esta causa, al examinar la pertinencia de una resolución de una organización internacional para la interpretación de su instrumento constitutivo, la Corte analizó, en primer lugar, si la resolución expresaba o constituía “una práctica por la cual consta el acuerdo de los miembros de la Organización” en el sentido del artículo 31 3) b)³²⁶.

18) Del mismo modo, el Órgano de Apelación de la OMC ha señalado en términos generales:

“Basándonos en el texto del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena, consideramos que una decisión adoptada por los Miembros puede ser considerada un ‘acuerdo ulterior entre las partes’ acerca de la interpretación de un acuerdo afectado o de la aplicación de sus disposiciones si: i) la decisión se adopta, desde el punto de vista temporal, después del acuerdo afectado pertinente; y ii) los términos y el contenido de la decisión expresan un *acuerdo* entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de una disposición de las normas de la OMC.”³²⁷

19) En relación con las condiciones en que puede considerarse que una decisión de un órgano plenario es un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a), el Órgano de Apelación de la OMC afirmó lo siguiente:

“263. En cuanto al primer elemento, señalamos que la Decisión Ministerial de Doha fue adoptada por consenso el 14 de noviembre de 2001 con motivo de la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC.

³²⁴ R. Higgins, “The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations”, *ASIL Proceedings 59th Annual Meeting* (1965), págs. 116 y ss., en especial pág. 119; la práctica de una organización internacional, además de provenir, o ser expresión de, un acuerdo o la práctica de las propias partes en el sentido del párrafo 2, también puede ser un medio de interpretación en sí mismo en el sentido del párrafo 3 (véanse los párrs. 25) a 35) *infra*).

³²⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 81, párr. 27.

³²⁶ La Corte Permanente de Justicia Internacional adoptó este enfoque en su causa *Competence of the International Labour Organization to regulate, incidentally, the personal Work of the Employer*, opinión consultiva, 1926, *P.C.I.J. Series B núm. 13*, págs. 19 y 20; véase S. Engel, “‘Living’ International Constitutions and the World Court (the Subsequent Practice of International Organs under their Constituent Instruments)”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), págs. 865 y ss., en especial pág. 871.

³²⁷ OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, 4 de abril de 2012, párr. 262.

[...] Por lo que respecta al segundo elemento, la pregunta clave a la que hay que responder es si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un *acuerdo* entre los Miembros sobre la *interpretación* o *aplicación* de la expresión ‘plazo prudencial’ que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

264. Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone lo siguiente:

A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión ‘plazo prudencial’ significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos.

265. Al examinar la cuestión de si el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha expresa un acuerdo entre los Miembros sobre la interpretación o aplicación de la expresión ‘plazo prudencial’ que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, encontramos orientaciones útiles en los informes del Órgano de Apelación en *CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Ecuador II)/ CE – Banano III (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*. El Órgano de Apelación observó que la Comisión de Derecho Internacional (la ‘CDI’) describe un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* como ‘otro *elemento auténtico de interpretación* que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto’. Según el Órgano de Apelación, ‘la CDI, al referirse a la ‘interpretación auténtica’, entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 alude a *acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado*’. Por consiguiente, examinaremos si el párrafo 5.2 concretamente guarda relación con la interpretación del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. [...]

268. Por las razones anteriormente expuestas, confirmamos la constatación del Grupo Especial [...] de que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un acuerdo ulterior entre las partes, en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena*, acerca de la interpretación de la expresión ‘plazo prudencial’ en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.³²⁸

20) La Corte Internacional de Justicia, si bien no mencionó expresamente el artículo 31 3) a), al invocar la Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas para la interpretación del Artículo 2 4) de la Carta, destacó la “actitud de las partes y de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General” y su consentimiento al respecto³²⁹. En este contexto, diversos autores han llegado a la

³²⁸ *Ibid.* (se omiten las notas); si bien la Decisión Ministerial de Doha no se refiere a una disposición del Acuerdo sobre la OMC propiamente dicho, sí se refiere a un anexo de dicho Acuerdo (el “Acuerdo OTC”) que forma “parte integrante” del Acuerdo por el que se establece la OMC (artículo 2 2), del Acuerdo sobre la OMC).

³²⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 100, párr. 188: “El efecto de un consentimiento al texto de dichas resoluciones no puede entenderse como el de una mera ‘reiteración o aclaración’ del compromiso convencional contraído en la Carta. Por el contrario, puede entenderse como una aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas declaradas por la resolución en sí mismas”. Esta afirmación, cuyo principal objetivo es explicar el posible papel de las resoluciones de la Asamblea General en la formación del derecho consuetudinario, también reconoce, en relación con los tratados, que esas resoluciones pueden servir para expresar el acuerdo, o las posiciones, de las partes sobre una determinada interpretación de la Carta de las Naciones Unidas como tratado (“aclaración”); de modo similar, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of*

conclusión de que los acuerdos posteriores en el sentido del artículo 31 3) a) pueden, en determinadas circunstancias, provenir o ser expresión de actos de órganos plenarios de organizaciones internacionales³³⁰, como la Asamblea General de las Naciones Unidas³³¹. De hecho, como ha indicado el Órgano de Apelación de la OMC en referencia a la Comisión³³², la calificación de una decisión colectiva de “elemento auténtico de interpretación” en el sentido del artículo 31 3) a), solo se justifica si las partes en el instrumento constitutivo de una organización internacional actuaron como tales y no, como suelen hacer, institucionalmente como miembros del órgano plenario correspondiente³³³.

21) El párrafo 2 se refiere a la práctica de una organización internacional más que a la práctica de un órgano de una organización internacional. La práctica de una organización internacional puede provenir del comportamiento de un órgano, pero también puede derivarse del comportamiento de dos o más órganos.

22) Los acuerdos posteriores y la práctica posterior de las partes, que pueden “provenir, o ser expresión de” la práctica de una organización internacional, pueden a veces estar muy estrechamente relacionados con la práctica de la organización como tal. Por

Kosovo, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 403 y ss., en especial pág. 437, párr. 80; en este sentido, por ejemplo, L. B. Sohn, “The UN System as Authoritative Interpreter of its Law”, en *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter y C. C. Joyner (eds.) (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995), págs. 169 y ss., en especial págs. 176 y 177 (donde se observa en relación con la causa relativa a *Nicaragua* que “[l]a Corte aceptó la Declaración sobre las Relaciones de Amistad como interpretación auténtica de la Carta”).

³³⁰ H. G. Schermers y N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5ª edición (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), pág. 854 (donde se hace referencia a las interpretaciones que hace la Asamblea del Fondo de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos con respecto a los instrumentos constitutivos del Fondo); M. Cogen, “Membership, Associate Membership and Pre-Accession Arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT”, *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), págs. 145 y ss., en especial págs. 157 y 158 (donde se hace referencia a una decisión adoptada por unanimidad por el Consejo de la CERN el 17 de junio de 2010 por la que se interpretan los criterios de admisión establecidos en la Convención de la CERN como un acuerdo posterior en el sentido del artículo 31 3) a)).

³³¹ Véase E. Jiménez de Aréchega, “International Law in the Past Third of a Century”, *Recueil des Cours*, vol. 159 (1978), pág. 32 (donde se afirma en relación con la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas que “[e]sta resolución [...] constituye una expresión autorizada de las opiniones de la totalidad de las partes en la Carta en cuanto a esos principios básicos y ciertos corolarios que se derivan de ellos. A la luz de estas circunstancias, parece difícil negar el peso jurídico y la autoridad de la Declaración, no solo como resolución que reconoce lo que, en opinión de los propios Miembros, constituyen normas existentes de derecho consuetudinario, sino también como interpretación de la Carta por el acuerdo posterior y la práctica posterior de todos sus Miembros”); O. Schachter, “General Course in Public International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 178 (1982), pág. 113 (“Las resoluciones declarativas de normas jurídicas que interpretan y ‘concretan’ los principios de la Carta —ya sea como normas generales o en relación con casos particulares— pueden considerarse una interpretación auténtica por las partes de sus obligaciones convencionales vigentes. En la medida en que constituyen una interpretación, y que han sido acordadas por todos los Estados Miembros, encajan sin problemas en una de las fuentes del derecho establecidas”); P. Kunig, “United Nations Charter, Interpretation of”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 273 y ss., en especial 275 (donde se afirma que, “[s]i se aprueban por consenso, [las resoluciones de la Asamblea General] pueden desempeñar una importante función en la [...] interpretación de la Carta de las Naciones Unidas”); Aust, nota 318 *supra*, pág. 213 (donde se señala que la resolución 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Medidas para eliminar el terrorismo internacional) puede considerarse un acuerdo posterior acerca de la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas). Todas las resoluciones a las que hacen referencia los autores se aprobaron por consenso.

³³² Véase la nota 327 *supra*, párr. 265.

³³³ Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), págs. 114 y 115.

ejemplo, en su opinión consultiva relativa a *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia interpretó la expresión “votos afirmativos” del Artículo 27 3) de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de que incluía las abstenciones, basándose principalmente en la práctica del órgano competente de la organización, sumada al hecho de que en ese momento dicha práctica era “generalmente aceptada” por los Estados Miembros:

“[...] las actuaciones del Consejo de Seguridad desde hace largo tiempo demuestran ampliamente que, en las decisiones de la presidencia y las posiciones adoptadas por los miembros del Consejo, en particular sus miembros permanentes, se ha interpretado de manera continua y uniforme que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente no constituye un impedimento para la aprobación de resoluciones. Este procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad, que se ha mantenido invariable desde la enmienda del Artículo 27 de la Carta en 1965, ha sido generalmente aceptado por los Miembros de las Naciones Unidas y pone de manifiesto una práctica general de esa Organización.”³³⁴

En esta causa, la Corte hizo hincapié tanto en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la “aceptación general” de esa práctica por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una “práctica general de la organización”³³⁵. La Corte siguió este enfoque en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* al afirmar lo siguiente:

“La Corte estima que la práctica *aceptada* [sin cursiva en el original] de la Asamblea General, tal como ha evolucionado, es compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 12 de la Carta.”³³⁶

Al hablar de la “práctica aceptada de la Asamblea General”³³⁷, la Corte afirmó de manera implícita que la aquiescencia, en nombre de los Estados miembros, a la práctica seguida por la organización en la aplicación del tratado permite establecer el acuerdo acerca de la interpretación de la disposición convencional pertinente³³⁸.

³³⁴ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 22.

³³⁵ H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two”, *British Yearbook of International Law*, vol. 61 (1990), págs. 61 y ss., en especial págs. 76 y 77 (donde se señala que “[l]a referencia de la Corte a que se trataba de una práctica ‘de’ la Organización tenía presumiblemente la intención de aludir, no a una práctica seguida por la Organización como entidad en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional, sino a una práctica seguida, aprobada o respetada en toda la Organización. Desde esta perspectiva, la práctica [...] [es] más bien un reconocimiento de los demás miembros del Consejo de Seguridad en el momento pertinente, y en realidad de todos los Estados miembros por aceptación tácita, de la validez de esas resoluciones”.

³³⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial págs. 149 y 150.

³³⁷ *Ibid.*, en especial pág. 150.

³³⁸ Véanse Comentarios al proyecto de conclusión 9, párr. 2), segunda oración, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, capítulo VII, págs. 216 a 220, párrs. 13) a 24); M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), págs. 431 y 432, párr. 22; J. Arato, “Treaty Interpretation and Constitutional Transformation”, *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), págs. 289 y ss., en especial pág. 322.

23) Partiendo de esta base, es razonable considerar “que la práctica pertinente normalmente será la de aquellos en quienes recae la obligación de actuar”³³⁹, en el sentido de que “cuando, mediante un tratado, los Estados encomiendan la ejecución de actividades a una organización, la forma en que se llevan a cabo esas actividades puede constituir práctica en virtud del tratado; no obstante, la determinación de si dicha práctica representa el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado puede exigir que se tengan en cuenta otros factores”³⁴⁰.

24) Por consiguiente, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a las recomendaciones (no vinculantes) de la Comisión Ballenera Internacional (que es el nombre de una organización internacional establecida por la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena³⁴¹ y el de uno de sus órganos), y aclaró que cuando esas recomendaciones son “aprobadas por consenso o por unanimidad, pueden ser pertinentes para la interpretación de la Convención o su Anexo”³⁴². No obstante, al mismo tiempo, la Corte hizo una advertencia al señalar lo siguiente:

“[...] Australia y Nueva Zelandia exageran la importancia jurídica de las resoluciones y directrices con carácter recominatorio que invocan. En primer lugar, muchas resoluciones de la Comisión Ballenera Internacional fueron aprobadas sin el apoyo de todos los Estados partes en la Convención y, en particular, sin la anuencia del Japón. Por lo tanto, esos instrumentos no pueden considerarse un acuerdo ulterior sobre la interpretación del artículo VIII, ni una práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado en el sentido de los apartados a) y b), respectivamente, del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”³⁴³

25) Esta advertencia no excluye, sin embargo, que una resolución que se haya aprobado sin el apoyo de todos los Estados miembros pueda dar origen, o expresar, la posición o la práctica de algún Estado miembro en la aplicación del tratado que podría tenerse en cuenta en virtud del artículo 32³⁴⁴.

26) *El párrafo 3 del proyecto de conclusión 11* se refiere a otra forma de práctica que puede ser pertinente para la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional, a saber, la práctica de la organización *como tal*, es decir, su “propia práctica”, que hay que distinguir de la práctica de los Estados miembros. En algunos casos, la Corte Internacional de Justicia ha tenido en cuenta la práctica de una organización internacional en la interpretación de los instrumentos constitutivos, sin referirse a la práctica o la aceptación de los Estados miembros de la organización. En particular, la Corte ha señalado en relación con las organizaciones internacionales

³³⁹ Gardiner, nota 301 *supra*, pág. 281.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), págs. 37 y 38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), pág. 411.

³⁴² *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 31 de marzo de 2014, párr. 46; puede consultarse en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>.

³⁴³ *Ibid.*, párr. 83.

³⁴⁴ Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 149 (donde se hace referencia a la resolución 1600 (XV) de la Asamblea General, de 15 de abril de 1961, documento de las Naciones Unidas [A/RES/1600](#) (aprobada por 60 votos a favor, 23 abstenciones y 16 votos en contra, en particular de la U.R.S.S. y otros Estados del “bloque oriental”); resolución 1913 (XVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1963, documento de las Naciones Unidas [A/RES/1913](#) (aprobada por 91 votos a favor y 2 votos en contra de España y Portugal).

que “su propia práctica [...] puede merecer especial atención” en el proceso de interpretación³⁴⁵.

27) Por ejemplo, en su opinión consultiva relativa a la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*, la Corte señaló que:

“[...] los órganos a los que el Artículo 4 confía la decisión de la Organización en materia de admisión han reconocido constantemente que la admisión [por la Asamblea General] solo puede concederse sobre la base de una recomendación del Consejo [de Seguridad].”³⁴⁶

28) De manera análoga, en la causa relativa a la *Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, la Corte se refirió a los actos de los órganos de la Organización cuando mencionó la práctica de “las Naciones Unidas”:

“[...] en la práctica, según la información proporcionada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de confiar misiones cada vez más variadas a personas que no tienen la condición de funcionarios de la Organización. [...] En todos esos casos, se desprende de la práctica de las Naciones Unidas que las personas así designadas, y en particular los miembros de esos comités o comisiones, han sido consideradas expertos en misión en el sentido de la sección 22.”³⁴⁷

29) En su opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a “la práctica seguida por la propia Organización en el cumplimiento de la Convención” como medio de interpretación³⁴⁸.

30) En su opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte explicó el motivo por el que la práctica de una organización internacional, como tal, incluida la de un órgano en particular, puede ser pertinente para la interpretación de su instrumento constitutivo:

“No se aceptaron las propuestas que se hicieron durante la redacción de la Carta de atribuir la máxima autoridad para su interpretación a la Corte Internacional de Justicia; la opinión que la Corte está emitiendo es una opinión consultiva. Por consiguiente, conforme a lo previsto en 1945, cada órgano debe, por lo menos en primer lugar, determinar su propia competencia. Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad aprueba una resolución con el objeto declarado de mantener la paz y la seguridad internacionales, y si, con arreglo al mandato o la autorización de dicha resolución, el Secretario General contrae obligaciones financieras, es de presumir que las sumas referidas constituyen ‘gastos de la Organización’.”³⁴⁹

31) Muchas organizaciones internacionales comparten la característica de no prever una “autoridad última de interpretación” de su instrumento constitutivo. Por

³⁴⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 66 y ss., en especial pág. 74. Véase también D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, París, Pedone, 1981, págs. 379 a 384.

³⁴⁶ *Competence of the General Assembly regarding Admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 9.

³⁴⁷ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 177 y ss., en especial pág. 194, párr. 48.

³⁴⁸ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169.

³⁴⁹ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 168.

consiguiente, en la actualidad la conclusión extraída por la Corte de esa circunstancia ha sido generalmente aceptada como aplicable a las organizaciones internacionales en general³⁵⁰. En la opinión consultiva relativa a *Ciertos gastos*, la identificación de una presunción derivada de la práctica de una organización internacional, incluida la de uno o varios de sus órganos, es una manera de reconocer dicha práctica como medio de interpretación³⁵¹.

32) Aunque generalmente se reconoce que la interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales mediante la práctica de sus órganos constituye un medio de interpretación pertinente³⁵², existen ciertas discrepancias en la doctrina en cuanto a la manera de explicar la pertinencia, a efectos de la interpretación, de la “propia práctica” de una organización internacional en relación con las reglas de interpretación de la Convención de Viena³⁵³. Esa práctica puede, como mínimo, concebirse como un medio de interpretación complementario a tenor del artículo 32³⁵⁴. Al referirse a los actos de organizaciones internacionales que se aprobaron con la oposición de algunos Estados miembros³⁵⁵, la Corte ha reconocido que tales actos pueden constituir práctica a los efectos de la interpretación, generalmente no una práctica (de mayor peso) que haga constar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación, que entraría en los supuestos del artículo 31 3). No obstante, los autores suelen coincidir en que la práctica de una organización internacional, como tal, a menudo también será relevante para aclarar el sentido corriente que se da a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin³⁵⁶.

33) La Comisión ha confirmado, en su comentario al proyecto de conclusión 1, que “determinados casos de acuerdos ulteriores y prácticas ulteriormente seguidas han

³⁵⁰ J. Klabbbers, *An Introduction to Institutional Law*, 2ª edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), pág. 90; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2ª edición (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), pág. 25; J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2006), pág. 80; Rosenne, nota 297 *supra*, págs. 224 y 225.

³⁵¹ E. Lauterpacht, “The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours*, vol. 152 (1976), págs. 377 y ss., en especial pág. 460; N. M. Blokker, “Beyond ‘Dili’: On the Powers and Practice of International Organizations”, en *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2002), págs. 312 a 318.

³⁵² C. Brölmann, “Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations”, en *The Oxford Guide to Treaties*, D. Hollis (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 520 y 521; S. Kadelbach, “The Interpretation of the Charter”, en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, B. Simma y otros (eds.), 3ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 71 y ss., en especial pág. 80; Gardiner, nota 301 *supra*, págs. 127 y 281.

³⁵³ Gardiner, nota 301 *supra*, pág. 282; Schermers y Blokker, nota 330 *supra*, pág. 844; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 187; Klabbbers, nota 350 *supra*, págs. 89 y 90; véase también *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 de noviembre de 2002, UNRIAA, vol. XXIII, págs. 183 y ss., en especial pág. 224, párr. 145.

³⁵⁴ La Comisión tal vez reconsidere la definición de “otra práctica ulterior” que figura en los proyectos de conclusión 1 4) y 4 3), para aclarar si la práctica de una organización internacional como tal debe incluirse en esa categoría, que, hasta ahora, se limita a la práctica de las partes; véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, cap. IV, págs. 11 y 12.

³⁵⁵ Nota 344 *supra*.

³⁵⁶ La Corte Internacional de Justicia utilizó la expresión “finés y funciones establecidos o implícitos en sus documentos constitutivos y desarrollados en la práctica”, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial pág. 180.

contribuido, o no, a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin³⁵⁷. Esas consideraciones también son relevantes respecto de la propia práctica de una organización internacional.

34) Así pues, la posible pertinencia de la “propia práctica” de una organización internacional puede derivarse de los artículos 31 1) y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esas reglas permiten, en particular, tener en cuenta la práctica de la organización propiamente dicha, incluida la de uno o varios de sus órganos, como pertinente para la correcta determinación del objeto y el fin del tratado, en particular la función de la organización internacional de que se trate, en virtud del artículo 31 1)³⁵⁸.

35) Así pues, el artículo 5 de la Convención de Viena permite la aplicación de las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32 de modo que se tengan en cuenta la práctica de una organización internacional para la interpretación del instrumento constitutivo, y permite también tomar en consideración su carácter institucional³⁵⁹. Esos elementos pueden contribuir así también a determinar si, y, en caso afirmativo, de qué manera, el sentido de una disposición del instrumento constitutivo de una organización internacional es susceptible de evolucionar con el tiempo³⁶⁰.

36) El párrafo 3, al igual que el párrafo 2, se refiere a la práctica de una organización internacional en su conjunto más que a la práctica de un órgano de la organización internacional. La práctica de una organización internacional determinada puede provenir del comportamiento de un órgano, pero también puede ser generada por el comportamiento de dos o más órganos³⁶¹. Se entiende que la práctica de una organización internacional solo puede ser pertinente para la interpretación de su

³⁵⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, capítulo IV, pág. 19, nota 58; véase, en particular, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial págs. 306 y 307, párr. 67.

³⁵⁸ Véase *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa*, opinión consultiva, opinión separada del Magistrado Lauterpacht, *I.C.J. Reports 1955*, págs. 67 y ss., en especial pág. 106 (“La interpretación adecuada de un instrumento constitucional debe tener en cuenta no solo el sentido estrictamente literal del instrumento original, sino también su funcionamiento efectivo en la práctica y a la luz de las tendencias observadas en la vida de la Organización”).

³⁵⁹ Los autores debaten si el carácter institucional específico de algunas organizaciones internacionales, junto con los principios y valores consagrados en sus instrumentos constitutivos, también podría dar lugar a una interpretación “constitucional” de tales instrumentos inspirada en el derecho constitucional nacional; véase, por ejemplo, J. E. Álvarez, “Constitutional Interpretation in International Organizations”, en *The Legitimacy of International Organizations*, J.-M. Coicaud y V. Heiskanen (eds.) (Tokio, United Nations University Press, 2001), págs. 104 a 154; A. Peters, “L’acte constitutif de l’organisation internationale”, en E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales* (París, LGDJ, 2013), págs. 216 a 218; M. Wood, “‘Constitutionalization’ of International Law: A Sceptical Voice”, en K. H. Kaikabad, M. Bohlinder (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick* (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), págs. 85 a 97.

³⁶⁰ *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 31 y 32, párr. 53. Véase también el proyecto de conclusión 3, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, capítulo IV, págs. 12 y 25 a 32; O. Dörr, “Art. 31 General rule of interpretation”, en *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Heidelberg, Springer, 2012), pág. 537, párr. 31; Schmalenbach, nota 298 *supra*, pág. 92, párr. 7.

³⁶¹ Véase el párrafo 21) *supra*.

instrumento constitutivo si esa organización es competente, pues es un requisito general que las organizaciones internacionales no actúen *ultra vires*³⁶².

37) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 11 se basa en la labor realizada previamente por la Comisión. El proyecto de conclusión 5 se refiere a la “práctica ulterior” según se define en el proyecto de conclusión 4, que concierne al comportamiento observado por las *partes* en un tratado en la aplicación de ese instrumento. El proyecto de conclusión 5 no implica que la práctica de una organización internacional, como tal, en la aplicación de su instrumento constitutivo no pueda ser práctica pertinente con arreglo a los artículos 31 y 32. En su comentario al proyecto de conclusión 5, la Comisión ha explicado que:

“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, párrafo 1 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’.”³⁶³

38) *El párrafo 4 del proyecto de conclusión 11* refleja el artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su enunciado se inspira en ese artículo. El párrafo se aplica a los supuestos a que se refieren los párrafos 1 a 3 y asegura que las normas mencionadas en ellos sean aplicables, se interpreten y se apliquen “sin perjuicio de las normas pertinentes de la organización”. La expresión “normas de la organización” ha de entenderse de la misma manera que en el artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986 y en el artículo 2 b), de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011.

39) En su comentario general a los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011, la Comisión señaló:

“Existen disparidades muy considerables entre las organizaciones internacionales en lo referente a sus facultades y funciones, número de miembros, relaciones entre la organización y sus miembros, procedimientos de debate, estructura y servicios, así como las normas primarias, incluidas las obligaciones nacidas de tratados, que son vinculantes para ellas.”³⁶⁴

40) Del párrafo 4 se desprende, entre otras cosas, que unas “normas pertinentes” de interpretación más específicas enunciadas en el instrumento constitutivo de una organización internacional podrán prevalecer sobre las normas generales de

³⁶² *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial pág. 168 (“Pero cuando la Organización toma medidas de las que puede afirmarse justificadamente que son apropiadas para la realización de uno de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1, cabe presumir que esa acción no rebasa las facultades de la Organización”).

³⁶³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, cap. IV, pág. 48, párr. 14). No obstante, la Comisión podrá, en su caso, volver a examinar la formulación del proyecto de conclusión 5 a la luz del proyecto de conclusión 11 a fin de aclarar su relación. Véase también la nota 354 *supra*.

³⁶⁴ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, comentario general, párr. 7 (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, capítulo V, pág. 75, párr. 88).

interpretación previstas en la Convención de Viena³⁶⁵. Si, por ejemplo, el instrumento constitutivo contiene una cláusula según la cual la interpretación del instrumento está sujeta a un procedimiento especial, ha de presumirse que las partes, al llegar a un acuerdo con posterioridad a la celebración del tratado, no desean eludir ese procedimiento mediante un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3) a). No obstante, el procedimiento especial a que se refiere el tratado y un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31 3) a), pueden ser compatibles si “tienen diferentes funciones y producen efectos jurídicos distintos”³⁶⁶. Pocos instrumentos constitutivos contienen normas explícitas de procedimiento o de fondo relativas a su interpretación³⁶⁷. No es necesario que se enuncien expresamente en el instrumento constitutivo “normas pertinentes” específicas de interpretación; también pueden estar implícitas en él o dimanar de la “práctica establecida de la organización”³⁶⁸. El alcance del término “práctica establecida de la organización” es más reducido que el de “práctica de la organización” como tal.

41) Como señaló la Comisión en el comentario del artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, el peso de una práctica específica de una organización puede depender de las reglas y características particulares de esa organización, conforme a lo expresado en su instrumento constitutivo:

“La mayoría de las organizaciones internacionales, en efecto, crean al cabo de unos años una práctica que forma parte integrante de las reglas de la organización. Pero el hecho de que se mencione la práctica no significa en absoluto que esta tenga en todas las organizaciones la misma importancia, sino que, por el contrario, cada organización presenta a este respecto sus caracteres propios.”³⁶⁹

42) En ese sentido, la “práctica establecida de la organización” también puede ser un medio de interpretación de los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. El artículo 2, párrafo 1 j), de la Convención de Viena de 1986 y el artículo 2 b) de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales³⁷⁰ reconocen la “práctica establecida de la organización” como una

³⁶⁵ Véase, por ejemplo, Klabbers, nota 350 *supra*, pág. 88; Schmalenbach, nota 298 *supra*, pág. 89, párr. 1, y pág. 96, párr. 15; Brölmann, nota 352 *supra*, pág. 522; Dörr, nota 360 *supra*, pág. 538, párr. 32.

³⁶⁶ OMC, Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, 4 de abril de 2012, párrs. 252 a 257.

³⁶⁷ La mayoría de las denominadas cláusulas de interpretación determinan qué órgano es la autoridad competente para interpretar el tratado o algunas de sus disposiciones, pero no formulan normas específicas “sobre” la propia interpretación, véase C. Fernández de Casadevante y Romaní, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlín/Heidelberg, Springer, 2007), págs. 26 y 27; Dörr, nota 360 *supra*, pág. 537, párr. 32.

³⁶⁸ Véanse la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, art. 2, párr. 1 j), y el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, art. 2 b), Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63^{er} período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, cap. V, pág. 55; C. Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), págs. 617 a 642.

³⁶⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 34^o período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/37/10)*, comentario del artículo 2 1) j), capítulo II, pág. 22, párr. 25.

³⁷⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63^{er} período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, capítulo V, pág. 55.

“regla de la organización”. Esa práctica puede producir efectos jurídicos distintos en diferentes organizaciones, y no siempre está claro si esos efectos deberían explicarse atendiendo principalmente a las fuentes tradicionales del derecho internacional (tratado o costumbre) o al derecho institucional³⁷¹. No obstante, aunque sea difícil hacer afirmaciones generales, es evidente que la “práctica establecida de la organización” suele abarcar una forma específica de la práctica³⁷², que, por lo general, ha sido aceptada por los miembros de la organización, si bien a veces de forma tácita³⁷³.

³⁷¹ Higgins, nota 324 *supra*, pág. 121 (“los aspectos de la interpretación de los tratados y la práctica consuetudinaria en esta esfera están estrechamente vinculados”); Peters, nota 368 *supra*, pág. 631 (“debería considerarse una especie de derecho internacional consuetudinario de la organización”); no es convincente limitar la “práctica establecida de la organización” a las denominadas normas internas ya que, según la Comisión, “[h]abría sido difícil referirse al ‘derecho interno’ de una organización, porque ese derecho, si bien tiene un aspecto interno, desde otros puntos de vista tiene un aspecto internacional”, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/37/10)*, comentario del artículo 2 1) j), capítulo II, pág. 22, párr. 25; Schermers y Blokker, nota 330 *supra*, pág. 766; en cambio, véase C. Ahlborn, “The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility”, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), págs. 397 y ss., en especial págs. 424 a 428.

³⁷² Blokker, nota 351 *supra*, pág. 312.

³⁷³ Lauterpacht, nota 351 *supra*, pág. 464 (“consentimiento del conjunto de los miembros”); Higgins, nota 324 *supra*, pág. 121 (“tal vez el grado de duración y de aquiescencia en este supuesto pueda ser menos marcado que en otros casos, porque no cabe duda de que los órganos de las Naciones Unidas tienen autoridad inicial para adoptar esas decisiones [con respecto a su propia jurisdicción y competencia]”); Peters, nota 368 *supra*, págs. 633 a 641.

Capítulo IX

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

A. Introducción

130. En su 65° período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson³⁷⁴.

131. En su 66° período de sesiones (2014), la Comisión examinó el informe preliminar presentado por la Relatora Especial (A/CN.4/674 y Corr.1)³⁷⁵.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

132. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/685), que examinó en sus sesiones 3264^a a 3269^a, celebradas del 6 al 10 de julio y el 14 de julio de 2015.

133. En su 3269^a sesión, el 14 de julio de 2015, la Comisión remitió los párrafos del preámbulo y los proyectos de principio 1 a 5, tal y como figuraban en el segundo informe de la Relatora Especial³⁷⁶, al Comité de Redacción, en el entendimiento de

³⁷⁴ La decisión se adoptó en la 3171^a sesión de la Comisión, el 28 de mayo de 2013. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 167. Para una sinopsis del tema, véase *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, anexo E.

³⁷⁵ *Ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 186 a 222.

³⁷⁶ El texto propuesto por la Relatora Especial en su segundo informe (A/CN.4/685) rezaba:

“Preámbulo

Alcance de los principios

Los presentes principios se aplican a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Propósito

Estos principios tienen por objeto aumentar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados mediante la adopción de medidas preventivas y de reparación. También tienen por objeto reducir al mínimo los daños colaterales para el medio ambiente durante los conflictos armados.

Términos empleados

A los efectos de los presentes principios:

- a) Se entiende por ‘conflicto armado’ una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la fuerza armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado;
- b) El ‘medio ambiente’ comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y las características del paisaje.

Principio 1

El medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza y no puede ser atacado, a menos que una parte de él se convierta en objetivo militar y solo en ese caso. El medio ambiente natural será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho internacional humanitario.

Principio 2

Durante los conflictos armados deberán aplicarse los principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario, incluidos los principios de

que la disposición sobre “Términos empleados” se remitía a los efectos de facilitar el debate y que el Comité de Redacción la dejaría en suspenso por el momento.

134. En su 3281ª sesión, el 30 de julio de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó³⁷⁷ el informe del Comité sobre la “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”, que contenía los proyectos de disposiciones introductorias y los proyectos de principio I-(x) a II-5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones (A/CN.4/L.870)³⁷⁸, que pueden

precauciones en el ataque, distinción y proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar, de manera que se intensifique lo máximo posible la protección del medio ambiente.

Principio 3

Se deben tener en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar lo que es necesario y proporcionado en pos de objetivos militares lícitos.

Principio 4

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Principio 5

Los Estados deberían designar a las zonas de gran importancia ecológica como zonas desmilitarizadas antes del comienzo de un conflicto armado o, por lo menos, en su inicio.”

³⁷⁷ La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en la dirección: <http://legal.un.org/ilc>.

³⁷⁸ El texto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción rezaba:

“Introducción

Alcance

Los presentes proyectos de principio se aplican a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado y durante el mismo.

Propósito

Los presentes proyectos de principio tienen por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas, con medidas preventivas para minimizar los daños al medio ambiente durante el conflicto armado y con medidas de reparación.

Primera parte

Medidas preventivas

Proyecto de principio I-(x)

Designación de zonas protegidas

Los Estados, mediante acuerdo o de otro modo, deben designar las zonas de gran importancia medioambiental y cultural como zonas protegidas.

Segunda parte

Proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado

Proyecto de principio II-1

Protección general del medio ambiente [natural] durante un conflicto armado

1. El medio ambiente [natural] será respetado y protegido de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.
2. Se velará por la protección del medio ambiente [natural] contra daños extensos, duraderos y graves.
3. Ninguna parte del medio ambiente [natural] podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

Proyecto de principio II-2

Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, se aplicarán al medio ambiente [natural], con miras a su protección.

consultarse en el sitio web de la Comisión. La Comisión tomó nota de los proyectos de disposiciones introductorias y de los proyectos de principio presentados por el Comité de Redacción. Se prevé que los comentarios a los proyectos de principio se examinen en el próximo período de sesiones.

1. Presentación por la Relatora Especial de su segundo informe

135. El segundo informe tenía como finalidad determinar las normas existentes relativas a los conflictos armados que hacían referencia directa a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y contenía un análisis de dichas normas. El informe también incluía propuestas de un preámbulo y cinco proyectos de principio. Los párrafos del preámbulo contenían disposiciones sobre el alcance de los proyectos de principio, el propósito y los términos empleados, y definían las expresiones “conflicto armado” y “medio ambiente” a los efectos de los proyectos de principio. El enunciado propuesto para las definiciones de “conflicto armado” y “medio ambiente” se había presentado ya en el informe preliminar. El proyecto de principio 1 contenía una disposición sobre la protección del medio ambiente durante los conflictos armados y tenía un carácter general. El proyecto de principio 2 concernía la aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente y el proyecto de principio 3 versaba sobre la necesidad de tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando se evalúa lo que es necesario y proporcionado en pos de objetivos militares. El proyecto de principio 4 enunciaba la prohibición de los ataques contra el medio ambiente como represalias y el proyecto de principio 5 se refería a la designación de las zonas de gran importancia ecológica como zonas desmilitarizadas. Al presentar el informe, la Relatora Especial aclaró que se habían propuesto unos “principios” como resultado final más adecuado de los trabajos porque ofrecían flexibilidad suficiente para abarcar todas las fases del tema. La Relatora Especial hizo alusión al preámbulo propuesto y reiteró sus dudas respecto de la necesidad de una disposición sobre los “términos empleados”, pero observó que habría sido prematuro excluirla en vista de las opiniones expresadas por algunos miembros de la Comisión y por algunos Estados en torno al valor de una cláusula de esa índole. Se volvería a valorar la necesidad de una disposición de este tipo a la luz del debate en el presente período de sesiones.

136. La Relatora Especial indicó que, además de examinar el derecho aplicable durante un conflicto armado, el informe abordaba algunos aspectos metodológicos y de fuentes. También presentaba una breve recapitulación del debate sostenido en el ámbito de la Comisión en el anterior período de sesiones, además de información sobre las opiniones y la práctica de los Estados y una selección de la jurisprudencia pertinente. En cuanto a la información facilitada por los Estados, la Relatora Especial señaló que dicha información era muy heterogénea, puesto que los Estados habían optado por brindar información sobre diferentes asuntos, por lo que resultaba difícil

Proyecto de principio II-3 Consideraciones ambientales

Se tendrán en cuenta las consideraciones ambientales al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar.

Proyecto de principio II-4 Prohibición de las represalias

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente [natural] a modo de represalias.

Proyecto de principio II-5 Zonas protegidas

Una zona de gran importancia medioambiental y cultural designada zona protegida mediante acuerdo será protegida de cualquier ataque, siempre que no contenga un objetivo militar.”

extraer conclusiones de mucho alcance. No obstante, valía la pena destacar dos conclusiones, a saber, que la mayoría de las normas sobre las obligaciones militares en tiempos de paz eran recientes y que las operaciones multilaterales eran cada vez más frecuentes en el marco de una normativa medioambiental relativamente nueva. En lo concerniente a la sección del informe que versaba sobre la jurisprudencia, la Relatora Especial puso de relieve las dificultades que se planteaban al analizar los precedentes en cuanto a la distinción entre bienes, medios de subsistencia, naturaleza, tierras y recursos naturales, que implicaban un vínculo claro con los derechos humanos, en particular cuando se veían afectados los pueblos indígenas. Concluyó que no había motivo para volver a tratar esta cuestión.

137. El contenido fundamental del segundo informe guardaba relación con el derecho aplicable durante los conflictos armados. Se analizaban las disposiciones convencionales y los principios pertinentes del derecho de los conflictos armados directamente aplicables, como los principios de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque, así como las normas que rigen la necesidad militar. Con todo, la Relatora Especial hizo hincapié en que, dado que la Comisión no tenía encomendada la revisión del derecho de los conflictos armados, el informe evitaba analizar las interpretaciones operativas de tales disposiciones. Por ello, el informe se limitaba a determinar si la aplicación de las disposiciones también abarcaba las medidas destinadas a proteger el medio ambiente.

138. El informe también se ocupaba de las zonas protegidas y examinaba el marco jurídico relativo a las zonas desmilitarizadas, las zonas libres de armas nucleares, las zonas declaradas patrimonio natural y las zonas de gran importancia ecológica en relación con el tema. La Relatora Especial señaló que esta sección tenía por objeto analizar la relación entre las zonas ecológicas y las zonas declaradas patrimonio cultural, así como el derecho de los pueblos indígenas a su medio ambiente como recurso cultural y natural.

139. La Relatora Especial también destacó algunas cuestiones que no abarcaba el segundo informe, como la cláusula Martens, las operaciones multilaterales, la labor de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas y las situaciones de ocupación, que serían objeto de análisis en el tercer informe en vista de la relación que guardan también con la fase III (obligaciones posteriores a los conflictos).

140. La Relatora Especial concluyó describiendo el futuro programa de trabajo propuesto y señaló que su tercer informe incluiría propuestas de medidas posteriores al conflicto, tales como la cooperación, el intercambio de información y las mejores prácticas, así como las medidas de reparación. El tercer informe intentaría además cerrar el círculo de las tres fases temporales, por lo que constaría de tres partes. La primera parte se centraría en el derecho aplicable a las situaciones posteriores al conflicto, la segunda se ocuparía de cuestiones que aún no se hubieran examinado, como la ocupación, y la tercera contendría un análisis resumido de las tres fases. La Relatora Especial comunicó su intención de seguir consultando a otras entidades y organizaciones regionales y observó que sería útil que los Estados siguieran aportando información sobre la legislación nacional y la jurisprudencia relacionada con el tema.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

141. Algunos miembros reiteraron la importancia que concedían a este tema, señalando no solo su pertinencia actual, sino también las dificultades que presentaba, en particular al intentar lograr el debido equilibrio entre la salvaguardia de los legítimos derechos amparados por el derecho de los conflictos armados en vigor y la protección del medio ambiente. Para llegar a ese equilibrio, se sugirió que resultaría

imprescindible analizar en profundidad el concepto de “daños extensos, duraderos y graves”, así como los estándares utilizados respecto de esos criterios.

142. Algunos miembros reconocieron que el propósito del segundo informe era determinar las normas existentes relativas a los conflictos armados que guardaban relación directa con la protección del medio ambiente. Al mismo tiempo, algunos miembros subrayaron asimismo la necesidad de examinar metódicamente las normas y los principios del derecho internacional ambiental para determinar si seguían siendo aplicables durante los conflictos armados y su relación con dicho régimen jurídico. Un análisis de tal naturaleza resultaba fundamental para el tema en su conjunto y en particular para la segunda fase actualmente examinada. Se recomendó que este examen sistemático tomara como punto de partida el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado en 2011 por la Comisión. Se reconoció que el derecho de los conflictos armados se aplicaba, en principio, como *lex specialis* durante los conflictos armados. Ahora bien, también se observó que se evitarían vacíos normativos si no se descartaba la aplicabilidad paralela del derecho internacional ambiental. Se trataba de un enfoque al que la Comisión había recurrido para resolver cuestiones similares relacionadas con el tema de la protección de las personas en casos de desastre. Algunos miembros también pusieron de relieve la pertinencia para el tema de otros campos jurídicos, como el de los derechos humanos, y alentaron a la Relatora Especial a seguir examinando la interrelación existente entre estos campos. En este sentido, se sugirió que se examinase cómo se prevé que el tema interactúe con el debate en torno a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. Con este análisis se debería intentar aclarar tanto la forma en que se aplicarán las medidas de protección medioambiental como su encaje con las medidas de protección de los derechos humanos conexos.

143. También desde una perspectiva metodológica, algunos miembros pidieron cautela contra toda tentativa de transponer simplemente a la protección del medio ambiente las disposiciones del derecho de los conflictos armados tal y como se aplicaban a la protección de personas civiles o de bienes de carácter civil. Debía respetarse el ámbito de aplicación material, personal y temporal del derecho de los conflictos armados. Se sugirió que podría ser más conveniente elaborar normas específicas para la protección del medio ambiente en lugar de llenar las lagunas existentes en el régimen de protección ambiental durante los conflictos armados con la mera afirmación de que es un bien de carácter civil.

144. La información detallada sobre la práctica de los Estados y el análisis de las normas aplicables que figuraba en el informe tuvo una buena acogida en general, si bien algunos miembros también señalaron que no quedaba claro qué conclusiones se podían extraer ni cómo se incorporaba la información a la elaboración y el contenido de los proyectos de principio propuestos. Se subrayó que la Comisión necesitaría saber cómo usar la información en su labor y si la práctica representaba derecho internacional consuetudinario, normas emergentes o nuevas tendencias. Hubo también quien opinó que algunas de las normas del derecho de los conflictos armados relativas a la protección del medio ambiente no parecían reflejar el derecho internacional consuetudinario. Por ello, la Comisión tendría que considerar hasta qué punto contribuiría el resultado final al desarrollo de la *lex ferenda*.

145. En cuanto a la terminología empleada en los proyectos de principio, varios miembros cuestionaron la falta de uniformidad de los conceptos, en particular en lo concerniente a expresiones como “medio ambiente” y “medio ambiente natural”, utilizadas de manera poco sistemática en el texto, lo que daba pie a la confusión. Asimismo, los miembros pusieron en tela de juicio con carácter general la ubicación de las disposiciones sobre el alcance, el propósito y los términos empleados en el

preámbulo. Aunque se mostraron comprensivos con la opinión de la Relatora Especial de que dichas disposiciones no eran “principios” *per se*, hicieron alusión a la práctica de la Comisión en el pasado y alentaron a la Relatora Especial a estudiar su ubicación, en particular trasladando algunas de ellas a la parte dispositiva del proyecto de principios. No obstante, también se sugirió que podrían reunirse en un epígrafe introductorio.

146. Con respecto al resultado y la forma del tema, algunos miembros manifestaron preferir un proyecto de artículos, puesto que se correspondía mejor con la naturaleza prescriptiva de la terminología utilizada en algunos de los proyectos de principio propuestos. Varios miembros respaldaron la propuesta de la Relatora Especial de elaborar proyectos de principio. No compartían la opinión de algunos miembros de que la Comisión solo había aprobado principios cuando le movía un deseo de influir en el desarrollo del derecho internacional en vez de establecer preceptos normativos. A su juicio, los principios tendrían realmente peso jurídico, si bien a un nivel más general y abstracto que las normas. También se adujo que los proyectos de principio resultaban especialmente idóneos si la intención no era elaborar una nueva convención. Se señaló asimismo que la Comisión podría no querer limitarse a enunciar unos principios, sino también proponer recomendaciones o mejores prácticas. Si bien varios miembros estimaron que la estructura del proyecto de principios debía ajustarse a las fases temporales, también se observó que no sería conveniente ni factible una rigurosa división temporal, habida cuenta de que algunos proyectos de principio abarcarían más de una fase.

b) Alcance

147. Hubo un debate de mucha enjundia en torno a las limitaciones del alcance del tema. Algunos miembros señalaron que tal vez fuera útil introducir un umbral para indicar que el tema tenía por objeto los supuestos en que se había causado un *determinado nivel* de daño al medio ambiente durante un conflicto armado. Si bien hubo acuerdo en general en que el tema debía abarcar los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, también se señaló la necesidad de aclarar cómo se tenían en cuenta las diferencias entre esos tipos de conflicto. Se señaló que, si la Comisión decidía aprobar un solo régimen que abarcara ambos tipos de conflicto armado, un enfoque que tenía sus ventajas, sería importante indicar claramente la metodología seguida a tales efectos. Varios miembros también pusieron de relieve la necesidad de seguir investigando la práctica de los actores no estatales en el contexto de los conflictos armados no internacionales.

148. En lo que a la cuestión de las armas específicas se refiere, se expresaron opiniones divergentes con respecto a si los proyectos de principio se aplicarían o no, a efectos del derecho vigente, a las armas nucleares y otras armas de destrucción en masa. En vista de las declaraciones formuladas por los Estados al ratificar el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I) sobre su no aplicabilidad a las armas nucleares, se sugirió que el proyecto de principios abordara esta cuestión mediante una cláusula “sin perjuicio”. También se manifestó que podría hacer falta aclarar en mayor medida el alcance del tema en relación con las armas.

149. Algunos miembros opinaron que el patrimonio natural y cultural debería quedar excluido, aunque también se observó que la cuestión mantenía importantes vínculos con el medio ambiente y tenía que ser abordada. Algunos miembros también pusieron de relieve la importancia de diferenciar claramente el medio humano del medio natural, ya que consideraban que aquel quedaba fuera del alcance del tema. Mientras que algunos miembros subrayaron que la explotación de los recursos naturales no guardaba relación directa con el alcance del tema, se sugirió que había que tratar la

cuestión de la conculcación de los derechos humanos causada por acciones que afectaran a los recursos naturales. Además, algunos miembros opinaron que el proyecto de principios debía incluir una disposición sobre los pueblos indígenas en vista de su especial relación con el medio ambiente.

150. Algunos miembros aludieron a lo que consideraban determinadas lagunas en los proyectos de principio propuestos, y se hicieron varias propuestas sobre nuevas disposiciones. A este respecto, varios miembros consideraron importante reflejar en los proyectos de principio la prohibición del “empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35, párrafo 3, del Protocolo Adicional I. Aunque se reconoció que esta disposición ponía el listón alto, se señaló que al menos brindaba un mínimo criterio. También se hizo referencia al deber de diligencia recogido en el artículo 55, párrafo 1, del Protocolo Adicional I, a saber, que “[e]n la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves”. Se sugirió que se reflejara esta disposición, bien en el proyecto de principio 1 o bien en otro proyecto de principio. Se manifestó asimismo la opinión de que convendría reflejar en los proyectos de principio la obligación enunciada en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles³⁷⁹ de “no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios”. Dejando al margen las dudas acerca de su estatus como derecho internacional consuetudinario, se observó que resultaría difícil rebatir el valor del principio en relación con el derecho internacional ambiental actual. Se sugirió además que el proyecto de principio incluyera una prohibición de la destrucción del medio ambiente no justificada por necesidades militares e inmotivada, según los términos de la resolución 47/37 de la Asamblea General, de 25 de noviembre de 1992. No parecía que este aspecto estuviera comprendido en el proyecto de principio 1, que se refería a “ser atacado”, pero no necesariamente al concepto de “destrucción”.

151. Algunos miembros lamentaron que no se hubiera incorporado a los proyectos de principio la afirmación que figuraba en el informe sobre la importancia de la legislación nacional en materia de protección medioambiental. Por ello, se propuso un proyecto de principio distinto que tuviera en cuenta la obligación de los Estados de comprometerse a proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados mediante medidas legislativas compatibles con el derecho internacional aplicable.

c) Propósito

152. Varios miembros expresaron la opinión de que la disposición sobre el propósito que se había presentado era innecesariamente restrictiva. Además de las medidas preventivas y de reparación, los proyectos de principio también contenían cláusulas de prohibición y obligaciones de adoptar medidas de precaución. Varios miembros propusieron eliminar el término “colaterales”. Se señaló que el objeto era minimizar todos los daños, fueran o no colaterales. También se sugirió distinguir los daños intencionales de los colaterales. Se argumentó que la cuestión de los daños colaterales podría ser objeto de un proyecto de principio distinto, si bien algunos miembros señalaron que el término exigía un mayor análisis.

d) Términos empleados

153. Varios miembros respaldaron la inclusión en los proyectos de principio de una disposición sobre los términos empleados, que ayudaría a determinar debidamente el

³⁷⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1108, pág. 151.

alcance del texto y a aclarar la materia objeto de examen. Con todo, también hubo quien pidió prudencia ante cualquier intento de definir, a los efectos de este tema, las expresiones “conflicto armado” y “medio ambiente”, lo que planteaba cuestiones altamente complejas. Con respecto a la definición de “conflicto armado”, varios miembros señalaron que era lo suficientemente amplia como para abarcar los conflictos armados no internacionales, que eran más comunes, más difíciles de regular y más perjudiciales para el medio ambiente. Se señaló asimismo que quizás se requiriesen algunas aclaraciones para que los proyectos de principio solo se aplicaran a las situaciones en las que el uso prolongado de la fuerza alcanzaba un determinado nivel de intensidad. Así, quedarían excluidas del alcance del presente tema las situaciones de disturbios internos que tuvieran un carácter puramente de orden público. La definición amplia que se había dado a la expresión “medio ambiente” fue puesta en tela de juicio por varios miembros, y se indicó que el alcance de la protección debería limitarse al medio ambiente en la medida en que guardara relación con situaciones de conflicto armado. En este sentido, se observó que no era posible tomar prestada una definición de un instrumento que se ocupaba de las situaciones en tiempos de paz y transponerla simplemente a las situaciones de conflicto armado.

e) Proyecto de principio 1

154. Mientras que algunos miembros respaldaron el proyecto de principio 1, otros expresaron su preocupación por que atribuyera al medio ambiente en su conjunto “carácter civil por naturaleza”, descripción que consideraban demasiado amplia y ambigua. Este enfoque parecía implicar la equiparación entre el medio ambiente en su conjunto y el concepto de “bien de carácter civil”, lo que generaría considerables dificultades al aplicar el principio de distinción. Se señaló que el derecho de los conflictos armados no se ocupaba de la protección de las personas o las cosas en abstracto. Por consiguiente, convendría más enunciar la norma de la protección ambiental en función de sus partes o características específicas. También se sugirió definir el medio ambiente como bien de carácter civil. Ese enfoque permitiría clasificar la protección según las normas aplicables a la protección de los bienes de carácter civil, si bien también se observó que dichas normas no podían aplicarse automáticamente al medio ambiente. Se señaló que había que aclarar las circunstancias en las que un bien de carácter civil adquiriría la condición de objetivo militar, así como la distinción de si se convertía en tal objetivo en su totalidad o en parte. Otros miembros recalcaron que el medio ambiente no podía considerarse un “bien” de carácter civil, aunque abarcaba ese tipo de bienes.

155. Algunos miembros llamaron la atención sobre la segunda oración del proyecto de principio 1, que consideraban que podría servir de primer principio, de modo que en primer lugar se trataría la protección del medio ambiente en su conjunto y después la de sus partes. Así, la segunda oración podría intercambiar su posición con la primera o constituir un principio totalmente separado. También se sugirió que se aclarase el alcance del “derecho internacional aplicable” y se identificaran las normas pertinentes del derecho internacional humanitario.

f) Proyecto de principio 2

156. Los miembros se manifestaron de acuerdo en general con la orientación del proyecto de principio 2, aunque también se dejó constancia de la preocupación que suscitaba la formulación “se intensifique lo máximo posible la protección”. Se señaló que esas palabras no reflejaban con precisión la exigencia dimanante del derecho internacional humanitario, que establece la obligación de adoptar precauciones viables para evitar y en cualquier caso minimizar los daños que excedan la ventaja militar concreta. Además, se señaló que la formulación no parecía reconocer que en determinadas circunstancias no sería posible aplicar ese criterio tanto para la

protección de las personas civiles como del medio ambiente. También se dijo que sería necesario adaptar los principios a los que se aludía en esta disposición a la especificidad del medio ambiente, así como aclarar su aplicabilidad en vista del carácter civil atribuido al medio ambiente en el proyecto de principio 1. En cuanto al principio de precaución, se señaló que debía aclararse el criterio que había que aplicar para la requerida evaluación de los “daños”, en particular si difería de los criterios de “daños extensos, graves y duraderos”. Se dijo asimismo que el proyecto de principio debía aclarar la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en relación con las partes del medio ambiente que habían perdido su protección. Se sugirió añadir una referencia específica al principio de humanidad.

g) Proyecto de principio 3

157. Varios miembros apoyaron el proyecto de principio 3, respecto del cual observaron que se basaba en la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*³⁸⁰. Ahora bien, también se expresó la opinión de que la Corte parecía haber abordado la cuestión de las consideraciones ambientales en relación con el *jus ad bellum* y no el *jus in bello*, lo que daría lugar a que el contenido del proyecto de principio 3 fuese problemático. No obstante, también se replicó que en la opinión consultiva se había aludido al *jus in bello*. Igualmente se puso de relieve el hecho de que podían darse situaciones en las que simplemente las consideraciones ambientales no fueran pertinentes; la disposición debería incluir una salvedad para tener en cuenta esa posibilidad. Se sugirió ahondar en el contenido del proyecto de principio 3 para aclarar cómo deberían tenerse en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar la necesidad y la proporcionalidad. A este respecto, se señaló que habría que definir debidamente lo que se entendía por “consideraciones ambientales” y aclarar su límite. Se propuso añadir una oración a fin de que dichas evaluaciones se realizaran con objetividad y sobre la base de la información disponible en ese momento. Algunos miembros hicieron notar ciertas coincidencias entre los proyectos de principio 2 y 3, por lo que se planteó la posibilidad de refundirlos. No obstante, se observó que el proyecto de principio 3 era más específico que el proyecto de principio 2 y que, por ello, debía mantenerse.

h) Proyecto de principio 4

158. Algunos miembros señalaron que el proyecto de principio 4 reflejaba la disposición enunciada en el artículo 55, párrafo 2, del Protocolo Adicional I y apoyaron su inclusión. Parecía apropiado que la prohibición fuera absoluta; si el medio ambiente, o parte de él, se convertía en objetivo militar, se aplicaban otras normas con respecto a los ataques contra él. Por ello, no parecía justificada ninguna otra opción que no fuera una prohibición absoluta. Se observó además que el hecho de que la prohibición existiese solo como obligación convencional y no como norma consuetudinaria podría explicarse en los comentarios; no era tarea de la Comisión elaborar un catálogo de normas consuetudinarias. En cambio, otros miembros consideraron muy pertinente que la prohibición de las represalias no se aceptara de manera general como norma de derecho internacional consuetudinario y debiera reflejarse como tal en el proyecto de principio. Estos miembros cuestionaron que la prohibición se enunciara en términos tan absolutos como los que había propuesto la Relatora Especial. Por otra parte, se observó que en casos excepcionales las represalias de los beligerantes podían considerarse lícitas cuando se empleaban como medidas coercitivas en respuesta a actos ilícitos de la otra parte. A este respecto, se hizo referencia a las reservas formuladas por los Estados al artículo 55, párrafo 2, del

³⁸⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226.

Protocolo Adicional I, así como a la definición de represalias que figuraba en el estudio del derecho internacional consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)³⁸¹. En la medida en que los proyectos de principio abarcaban todos los conflictos armados, internacionales y no internacionales, se puso de relieve que ni el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni el Protocolo Adicional II contenían una prohibición específica de las represalias bélicas. Por tanto, el proyecto de principio debía volver a redactarse con las salvedades correspondientes. Con todo, también se expresó la opinión de que se trataba de un ámbito en el que la Comisión quizás quisiera emprender una labor de desarrollo progresivo del derecho a fin de hacer extensiva la prohibición de las represalias a los conflictos armados no internacionales.

i) Proyecto de principio 5

159. Algunos miembros, aunque apoyaban la orientación general del proyecto de principio 5, que se refería a la designación de zonas de gran importancia ecológica como zonas desmilitarizadas antes del comienzo de un conflicto armado o en su inicio, observaron que dicho proyecto suscitaba varias cuestiones importantes que exigían un examen más detenido, en lo concerniente tanto a la aplicación práctica de esa disposición como a sus implicaciones normativas. Con todo, también se expresaron dudas con respecto al fundamento jurídico de este proyecto de principio y a su efectividad.

160. Si bien algunos miembros opinaron que esta disposición guardaba relación con la fase I, las obligaciones en tiempos de paz, otros señalaron que solo podía aplicarse a la fase II, durante los conflictos armados, o incluso la fase III, relativa a las obligaciones posteriores a los conflictos. Por consiguiente, se sugirió ampliar el ámbito de aplicación temporal del proyecto de principio 5, así como abordar las implicaciones jurídicas de tales zonas para las otras partes en un conflicto, incluidas las obligaciones de no atacarlas. Se observó que la celebración de acuerdos recíprocos entre las partes en un conflicto por los que se establecieran dichas zonas ofrecería un mayor nivel de protección que las designaciones unilaterales; el proyecto de principio debería estar redactado en estos términos. Algunos miembros también opinaron que los espacios considerados patrimonio natural y cultural deberían encuadrarse en el ámbito de este proyecto de principio. Se propuso incluir un proyecto de principio distinto sobre las zonas libres de armas nucleares con respecto a la protección de su medio ambiente, así como sobre la necesidad de que los terceros Estados cumplieran las obligaciones contraídas de respetar dichas zonas.

161. Varios miembros alentaron a la Relatora Especial a que analizara con mayor detalle las complejas cuestiones jurídicas y prácticas que se planteaban en relación con este proyecto de principio en su próximo informe, y a que desarrollara el régimen propuesto.

j) Programa de trabajo futuro

162. Algunos miembros se mostraron partidarios de la propuesta de la Relatora Especial de tratar en su tercer informe el derecho aplicable a las situaciones posteriores a los conflictos, las cuestiones que aún no se habían examinado en la segunda fase, y de presentar un análisis resumido de las tres fases. Sin embargo, también se observó que no resultaba del todo claro cómo pretendía la Relatora Especial seguir adelante con el tema tras su tercer informe y se hicieron votos por que se pudiera aclarar más este punto. Se sugirió elaborar un esquema de los proyectos de principio previstos por la Relatora Especial a fin de facilitar los trabajos.

³⁸¹ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vols. I y II (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

163. Por lo que respecta a las cuestiones concretas que debían estudiarse en el tercer informe, se manifestó la opinión de que la Relatora Especial debería analizar más a fondo otros tratados de derecho internacional humanitario que limitaran los medios y los métodos de guerra que podían tener un impacto negativo sobre el medio ambiente natural, y en particular examinar los avances tecnológicos y armamentísticos. Varios miembros celebraron la intención de la Relatora Especial de tratar la cuestión de la ocupación en relación con las fases II y III. También se sugirió que la Relatora Especial propusiera proyectos de principio relativos a la formación de las fuerzas armadas y a la elaboración y difusión de los correspondientes materiales educativos. Por último, se expresó la opinión de que la Relatora Especial debía incluir propuestas relativas a la forma en que las organizaciones internacionales podían contribuir a la protección jurídica del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Algunos miembros alentaron a la Relatora Especial a estructurar los futuros proyectos de principio de modo que se correspondieran con las fases temporales.

164. Algunos miembros saludaron la intención de la Relatora Especial de seguir consultando a otras entidades, tales como el CICR, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y a las organizaciones regionales. También convinieron en que sería útil que los Estados siguieran aportando ejemplos de su legislación y la jurisprudencia pertinente.

3. Conclusiones de la Relatora Especial

165. A la luz de las observaciones formuladas durante el debate en sesión plenaria en torno a la estructura y la metodología del informe y de los proyectos de principio, la Relatora Especial estimó útil aclarar que el esquema general del tema consistiría en varios proyectos de principio agrupados según su finalidad funcional para así reflejar en la medida de lo posible las tres fases temporales. Reiteró además que los proyectos de principio propuestos en el presente informe guardaban relación con la segunda fase temporal, es decir, durante el conflicto armado, que constituía el elemento central del informe. Así, la ubicación y la numeración de los proyectos de principio deberían verse desde ese punto de vista y, por consiguiente, considerarse provisionales; los proyectos de principio sobre las fases I y III se añadirán en un informe futuro. La Relatora Especial compartía la opinión de que el tema necesitaba un preámbulo adecuado, que se podría elaborar en una etapa ulterior del proceso. Asimismo, la Relatora Especial hizo hincapié en que la cuestión de qué otras normas podrían aplicarse durante un conflicto armado, incluidos normas y principios del derecho internacional ambiental, constituía el punto central del tema, por lo que estaba plenamente de acuerdo con los comentarios expresados sobre la necesidad de abordar estas cuestiones. Ahora bien, en vista de que el segundo informe se centraba en identificar las normas y principios del derecho de los conflictos armados que guardaban relación con la protección del medio ambiente, no era posible añadir a este análisis otros campos del derecho. Ese análisis se efectuaría en una etapa ulterior.

166. En respuesta a las cuestiones planteadas con respecto al uso de las expresiones “medio ambiente” y “medio ambiente natural” en los proyectos de principio, la Relatora Especial explicó que obedecía al alcance del tema, que era amplio y se refería a la expresión “medio ambiente”, motivo que debía tener su reflejo en la disposición sobre el alcance y el propósito. En cambio, los proyectos de principio relacionados con la fase II reflejaban disposiciones del derecho de los conflictos armados que empleaban un concepto más restrictivo, a saber, el “medio ambiente natural”. A fin de que no se considerase que se estaba ampliando el alcance del derecho de los conflictos armados, se había optado por la expresión “medio ambiente natural” para este contexto específico. Con las dos expresiones se había intentado poner de manifiesto esta distinción.

167. La Relatora Especial señaló que el proyecto de principio 1 había suscitado un gran debate. Aclaró que la formulación propuesta de que “[e]l medio ambiente natural tiene carácter civil por naturaleza” obedecía al principio de distinción en el derecho de los conflictos armados entre bienes de carácter civil y objetivos militares, lo que suponía que el medio ambiente no correspondiese a ninguna de esas dos categorías a los efectos de aplicar dicho derecho. Con su formulación había intentado reflejar esta idea. Se había abstenido de referirse al medio ambiente como “bien” de carácter civil, puesto que podía inducir a error, si bien opinaba que algunas partes del medio ambiente podían constituir un bien de carácter civil. En cualquier caso, convenía en que no sería apropiado calificar al medio ambiente en su conjunto de “bien”. Como la formulación había generado cierta confusión, estimó que quizás fuera mejor evitar seguir utilizándola en el proyecto de principio.

168. En cuanto a la expresión “daños colaterales”, la Relatora Especial observó que el concepto casi se había convertido en sinónimo de daños a personas civiles y a bienes de carácter civil que se podían producir de resultas de un ataque legítimo y estaba directamente relacionado con el principio de proporcionalidad. A la luz de los comentarios realizados durante el debate, la Relatora Especial sugirió eliminarlo del proyecto de principios.

169. Con respecto a las opiniones expresadas por algunos miembros de que la prohibición de las represalias no era una norma de derecho internacional consuetudinario, la Relatora Especial recalcó que la finalidad del tema no era establecer normas consuetudinarias, sino fijar un criterio. Asimismo, en vista del elevado número de Estados partes en el Protocolo Adicional I, sería lamentable que la Comisión no estuviera en condiciones de reconocer la trascendencia de la prohibición o que le restara importancia.

170. Por último, la Relatora Especial manifestó que no sería conveniente que la Comisión intentara abordar la cuestión de los umbrales con respecto a determinados términos empleados en el derecho de los conflictos armados, en particular en relación con los artículos 35 y 55 del Protocolo Adicional I, tal y como habían sugerido algunos miembros.

Capítulo X

Immunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

171. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Immunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin³⁸². En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se facilitó a la Comisión en su 60º período de sesiones³⁸³.

172. 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)³⁸⁴. La Comisión no pudo examinar el tema en su 61º período de sesiones (2009) ni en su 62º período de sesiones (2010)³⁸⁵.

173. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013) y el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014)³⁸⁶. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo y tercero, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento cinco proyectos de artículo con los comentarios correspondientes. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, es un texto en proceso de redacción³⁸⁷.

³⁸² En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 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 núm. 10 (A/61/10)*, párr. 257).

³⁸³ *Ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10), párr. 386.

El memorando de la Secretaría figura en el documento [A/CN.4/596](#) y [Corr.1](#).

³⁸⁴ [A/CN.4/601](#) (informe preliminar); [A/CN.4/631](#) (segundo informe); y [A/CN.4/646](#) (tercer informe).

³⁸⁵ Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 207; e *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párr. 343.

³⁸⁶ [A/CN.4/654](#) (informe preliminar); [A/CN.4/661](#) (segundo informe); y [A/CN.4/673](#) y [Corr.1](#) (tercer informe).

³⁸⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 48 y 49. En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 48 y 49. En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e) y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

174. La Comisión tuvo ante sí el cuarto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/687). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3271^a a 3278^a, celebradas el 16 y del 21 al 24 de julio de 2015.

175. En su 3278^a sesión, celebrada el 24 de julio de 2015, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 2 f) y 6³⁸⁸ propuestos por la Relatora Especial.

176. En su 3284^a sesión, celebrada el 4 de agosto de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó³⁸⁹ el informe de este Comité sobre la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, que contenía los proyectos de artículo 2 f) y 6 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones (A/CN.4/L.865)³⁹⁰, que pueden consultarse en el sitio web de la Comisión. La Comisión tomó nota de los proyectos de artículo presentados al Comité de Redacción. Se prevé que los comentarios de los proyectos de artículo se examinen en el próximo período de sesiones.

³⁸⁸ El texto propuesto por la Relatora Especial en su cuarto informe, en la forma corregida, rezaba:

“Proyecto de artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

f) Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de atribuciones del poder público que, por su contenido, constituye un crimen respecto del que el Estado del foro podría ejercer su jurisdicción penal.

Proyecto de artículo 6

Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae*, tanto si se encuentran en ejercicio del cargo como si ha finalizado su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione materiae* se extiende únicamente a los actos realizados a título oficial por el funcionario del Estado durante el período en que se encuentra en ejercicio del cargo.

3. La inmunidad *ratione materiae* se aplica a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, en las condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 de este proyecto de artículo.”

³⁸⁹ La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión, en la dirección: <http://legal.un.org/ilc>.

³⁹⁰ El texto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción rezaba:

“Proyecto de artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

...

f) Se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Proyecto de artículo 6

Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.”

1. Presentación por la Relatora Especial de su cuarto informe

177. El cuarto informe representaba la continuación del análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, iniciado en el tercer informe (A/CN.4/646). Dado que el alcance subjetivo de esa inmunidad (quiénes son sus beneficiarios) ya se abordó en el tercer informe, el cuarto informe se centraba en el examen pendiente de los aspectos materiales (un “acto realizado a título oficial”) y temporales. Como resultado del análisis, en el informe también figuraba el proyecto de artículo 2 f), en el que se ofrecía una definición, a los efectos generales de la inmunidad, de un “acto realizado a título oficial”, y el proyecto de artículo 6, relativo al alcance material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, que contenía una referencia explícita a la aplicación de esa inmunidad a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores.

178. En la presentación del informe, la Relatora Especial señaló que este había de leerse juntamente con los presentados con anterioridad, ya que constituían una unidad. También hizo observar que dicho informe, al igual que el análisis previo de la inmunidad *ratione personae*, no abordaba directamente la cuestión de las limitaciones y excepciones a la inmunidad, un aspecto que se trataría en el quinto informe, previsto para 2016. La Relatora Especial se refirió a algunos problemas de traducción del informe original en español detectados en otras versiones lingüísticas, en relación con los cuales introdujo los cambios oportunos mediante una corrección que se distribuyó entre los miembros de la Comisión. La Relatora Especial solicitó a la Secretaría que preparase una corrección con miras a su distribución como documento oficial del período de sesiones en curso.

179. El cuarto informe presentado por la Relatora Especial, al abordar los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, comenzaba destacando las características básicas de ese tipo de inmunidad, a saber, que se concedía a todos los funcionarios del Estado, que solo se otorgaba respecto de “actos realizados a título oficial” y que era de duración ilimitada. En cuanto a los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, dado que el alcance subjetivo ya se había examinado en el tercer informe, el cuarto informe giraba en torno a los aspectos materiales y temporales, como se había indicado antes.

180. El concepto de “acto realizado a título oficial” era objeto primero de algunas consideraciones generales, en las que se hacía hincapié en la importancia que debía atribuirse a dicho concepto en el marco de la inmunidad *ratione materiae*. Esa importancia se derivaba de la naturaleza funcional de esa categoría de inmunidad. El informe abordaba después la distinción entre un “acto realizado a título oficial” y un “acto realizado a título privado”. El análisis de esa distinción llevaba, entre otras cosas, a la conclusión de que no era equivalente a la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, ni a la distinción entre actos lícitos e ilícitos.

181. A continuación, el informe se centraba en la definición de los criterios identificativos del “acto realizado a título oficial”, para lo cual se analizaban sucesivamente la práctica judicial (internacional y nacional), la práctica convencional y algunos trabajos previos de la Comisión. En el análisis de la práctica judicial internacional se destacaba la importancia de varios fallos dictados por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. El estudio de la práctica de los tribunales nacionales se basaba en numerosos procesos judiciales sustanciados ante dichos tribunales en los que se hacía referencia a diversos aspectos de la inmunidad *ratione materiae* y se tomaban en consideración los procesos tanto penales como civiles en cuanto formas de comportamiento que podían considerarse “actos realizados a título oficial” manifestados en ambos tipos de procedimiento, de los que se podían inferir

elementos comunes a tales actos. En el análisis de la práctica convencional se examinaban diversas convenciones de las Naciones Unidas que, de modo directo o indirecto, se referían a las inmunidades, y tratados de derecho internacional penal (universales y regionales) que incluían referencias al carácter oficial de actos tipificados como comportamientos prohibidos por el derecho internacional penal. En cuanto al análisis de los trabajos realizados anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, se hizo hincapié en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los Principios de Nuremberg, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1954, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, y los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011.

182. Tras llevar a cabo el análisis antes mencionado, la Relatora Especial pasó a examinar las características resultantes del “acto realizado a título oficial” a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber, la naturaleza penal del acto, la atribución del acto al Estado y el ejercicio de la soberanía y las atribuciones del poder público al realizar el acto. La referencia a la naturaleza penal del acto cumplía el objetivo de poner de relieve el vínculo existente entre la jurisdicción penal y los supuestos en que podía alegarse la inmunidad *ratione materiae*. Ello daba lugar a un modelo de relación entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, denominado por la Relatora Especial “un acto, dos responsabilidades” y cuyas alternativas se detallaban en el informe. Era preciso examinar la atribución del acto al Estado, ya que la inmunidad *ratione materiae* solo se justificaba cuando existía un vínculo entre el Estado y el acto realizado por un funcionario del Estado. A este respecto, resultaba de particular interés la conclusión de que algunos criterios de atribución contenidos en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no eran útiles a los efectos de la inmunidad. Por último, el informe señalaba un tercer criterio de naturaleza teleológica cuya aplicación permitía calificar un acto como “acto realizado a título oficial”, a saber, que tales actos eran una manifestación de la soberanía y constituían una forma de ejercicio de atribuciones del poder público. En el informe se citaban ejemplos de algunas atribuciones. Esa sección concluía con un examen de la relación entre los crímenes y los actos internacionales realizados a título oficial. Como conclusión de la parte B del informe, se definía el concepto de “acto realizado a título oficial”.

183. En la parte C del informe se analizaba brevemente el elemento temporal, reflejando el consenso en torno al carácter indefinido de la inmunidad *ratione materiae* y la necesidad de diferenciar el momento en que se producía el acto y el momento en que se alegaba la inmunidad. La parte D del informe se centraba en el alcance de la inmunidad *ratione materiae* y culminaba con la propuesta de un proyecto de artículo 6 a ese respecto. El cuarto informe concluía con una referencia al plan de trabajo futuro sobre este tema, donde la Relatora Especial anunciaba la preparación de un quinto informe sobre los límites y las excepciones a la inmunidad.

184. La Relatora Especial señaló que el cuarto informe seguía el modelo del tercer informe en cuanto al enfoque metodológico adoptado, basando esencialmente el análisis de las cuestiones en la práctica judicial (internacional y nacional) y convencional, así como en los trabajos previos de la Comisión. También se habían tenido en cuenta los comentarios recibidos de los gobiernos en 2014 y 2015, que ya se habían tomado en consideración, en su caso, en el momento de la presentación, así como las observaciones contenidas en las exposiciones orales hechas por los delegados en la Sexta Comisión de la Asamblea General. La Relatora Especial también señaló a la atención de la Comisión los comentarios de los Países Bajos y Polonia, que se recibieron después de haberse ultimado el cuarto informe.

185. El informe se centra en el análisis del concepto de “acto realizado a título oficial”. La Relatora Especial señaló que el análisis del elemento temporal era breve porque se trataba de un asunto que no suscitaba mayores controversias; en la práctica y la doctrina existía un amplio consenso sobre el carácter “indefinido” o “permanente” de la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, la Relatora Especial mencionó la necesidad de analizar la naturaleza de ese elemento (límite o condición), así como de determinar el momento crítico que debía tenerse en cuenta a efectos de determinar si se cumplía el elemento temporal, es decir, si era el momento en que se producía el acto o el momento en que se alegaba la inmunidad. También se refirió al proyecto de artículo propuesto.

186. La Relatora Especial destacó que el aspecto central del informe era el análisis del alcance material de la inmunidad *ratione materiae*. Por lo tanto, constituía un estudio de un “acto realizado a título oficial” que, a su vez, abordaba la distinción entre los “actos realizados a título oficial” y “los actos realizados a título privado”, establecía los criterios identificativos de un “acto realizado a título oficial” y sus caracteres, para concluir con un proyecto de artículo sobre la definición de esa categoría de actos. Por otra parte, el proyecto de artículo 6, párrafo 2, se refería a los actos realizados a título oficial como los únicos actos realizados por funcionarios del Estado a los que se aplicaba la inmunidad *ratione materiae*.

187. Había que señalar que el concepto de “acto realizado a título oficial”, que era una cuestión fundamental para el tema en su conjunto, tenía una importancia especial para la inmunidad *ratione materiae*; únicamente los actos realizados por funcionarios del Estado a título oficial estaban amparados por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Debía reconocerse que se habían empleado muchas expresiones para referirse al concepto, pero, en este caso, se utilizaba la expresión “acto realizado a título oficial” para garantizar la continuidad de la terminología en el marco de la Comisión, siguiendo los términos empleados por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*.

188. La Relatora Especial observó que esa expresión no se había definido en el derecho internacional contemporáneo. A menudo se interpretaba por oposición a un “acto realizado a título privado”, que era, en sí, una categoría indefinida. Sin embargo, sobre la base de un análisis de la práctica en la materia, la Relatora Especial había establecido una serie de criterios distintivos para identificar los actos realizados a título oficial. En particular, hacía observar que: a) los actos estaban relacionados, entre otras cosas, con un reducido número de comportamientos delictivos, como los crímenes según el derecho internacional, las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, ciertos actos cometidos por las fuerzas armadas o servicios de seguridad y los actos vinculados con la corrupción; b) algunos tratados multilaterales vinculaban la comisión de determinados actos al cargo oficial de los autores de tales actos; c) se consideraba que un acto se había realizado a título oficial cuando había sido cometido por un funcionario del Estado que actuaba por cuenta del Estado, en ejercicio de prerrogativas de poder público o de actos soberanos; d) con carácter general, los tribunales nacionales denegaban la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, siguiendo la lógica de que no podían beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardaban una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo era el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano; e) el significado de las expresiones “en ejercicio de prerrogativas del poder público” o “actos soberanos” no era fácil de definir. No obstante, los tribunales consideraban englobadas en esa categoría el ejercicio de la autoridad de policía, las actividades de las fuerzas de seguridad y las fuerzas armadas, las relaciones exteriores, los actos legislativos, la administración de justicia y actos administrativos de contenido diverso; f) el concepto de un acto realizado a título oficial no equivalía automáticamente al concepto de acto *iure imperii*. Por el contrario,

un “acto realizado a título oficial” podía superar los límites del acto *iure imperii* y también podía referirse a algunos actos *iure gestionis* realizados por un funcionario del Estado en cumplimiento de su mandato y ejerciendo funciones estatales; g) el concepto tampoco guardaba relación alguna con la licitud o ilicitud del acto en cuestión; y h) a los efectos de la inmunidad, la determinación de ese tipo de actos siempre se hacía caso por caso.

189. Sobre la base de los criterios anteriores, la Relatora Especial destacó los siguientes caracteres del acto realizado a título oficial: a) era un acto de naturaleza penal; b) era un acto realizado por cuenta del Estado; y c) era un acto que implicaba el ejercicio de soberanía y atribuciones del poder público.

190. La naturaleza penal del acto realizado a título oficial tenía consecuencias en la inmunidad, ya que podía generar dos tipos de responsabilidad distintos; la primera, de naturaleza penal, atribuible al autor del acto, y la segunda, de naturaleza civil, atribuible tanto al autor como al Estado. La Relatora Especial hizo especial hincapié en que el modelo “un acto, dos responsabilidades” situaba frente a una pluralidad de escenarios alternativos pertinentes para la inmunidad, que podían describirse de la siguiente manera: a) la responsabilidad exclusiva del Estado en los casos en que no podía atribuirse el acto a su autor; b) la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal del individuo cuando el acto podía ser atribuido a ambos; c) la responsabilidad exclusiva del individuo cuando el acto únicamente podía ser atribuido al individuo, aunque hubiera actuado como funcionario del Estado. La Relatora Especial también observó que, sobre la base de los tres escenarios posibles, la inmunidad se podía alegar amparándose en: a) la inmunidad del Estado, en los casos en que el acto solo podía atribuirse al Estado y el Estado tenía responsabilidad exclusiva; b) la inmunidad del Estado y la inmunidad *ratione materiae* de un funcionario del Estado, en los casos en que el acto era atribuible tanto al Estado como al individuo.

191. En opinión de la Relatora Especial, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado era de carácter individual y distinta de la inmunidad del Estado en sentido estricto. Esa diferenciación tenía un efecto máximo en el caso de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en atención a la distinta naturaleza de la responsabilidad, que en el caso del Estado era civil, mientras que en el caso del funcionario del Estado era penal. Además, la naturaleza de las jurisdicciones a las que se oponía la inmunidad era diferente. La Relatora Especial señaló que dicha distinción no se presentaba siempre con perfiles suficientemente nítidos en la jurisprudencia y en la práctica, como consecuencia en buena medida del énfasis puesto tradicionalmente en el Estado (y sus derechos e intereses) como el objetivo que debía proteger la inmunidad. Explicó que la inmunidad *ratione materiae* se reconocía en interés del Estado, que era el titular de la soberanía, pero beneficiaba directamente al funcionario cuando actuaba como expresión de la misma. La Relatora Especial consideraba que el ejercicio de la inmunidad *ratione materiae* solo se justificaba por la existencia de un vínculo entre el Estado y el acto de su funcionario. Ese vínculo requería que el acto pudiera ser atribuido al Estado. No obstante, la Relatora Especial dijo que era preciso analizar si todos los criterios de atribución contenidos en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos eran relevantes a los fines de la inmunidad, y señaló como particularmente inadecuados los criterios establecidos en los artículos 7, 8, 9, 10 y 11.

192. La Relatora Especial hizo notar que, aunque la determinación de la existencia de una conexión entre acto y soberanía no era fácil, la práctica judicial permitía concluir que determinadas actividades que, por su naturaleza, eran consideradas como expresiones o contenidos inherentes a la soberanía del Estado (policía, administración

de justicia, actividades de las fuerzas armadas y relaciones exteriores), así como determinadas actividades que se producían en aplicación de políticas y decisiones estatales que implicaban un ejercicio de la soberanía del Estado, satisfacían esos criterios de conexión. Defendió una interpretación restrictiva del “acto realizado a título oficial”, que situara a la inmunidad en la función que verdaderamente le correspondía, a saber, la protección de la soberanía del Estado. Señaló que la calificación de los actos realizados por los funcionarios del Estado a título oficial como crímenes internacionales no debía dar lugar al reconocimiento automático y mecánico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en relación con esa categoría de actos. Esta cuestión se analizará más detenidamente en el quinto informe.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

193. Los miembros acogieron en general con satisfacción el cuarto informe de la Relatora Especial por la riqueza de ejemplos sistemáticos y bien documentados de la práctica convencional, así como por el análisis de la jurisprudencia internacional e interna, a la vez que conseguía establecer una conexión clara entre el análisis y los proyectos de artículo propuestos. Así, el informe ofrecía una visión de conjunto de los diversos factores que había que tener en cuenta para determinar el alcance material y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, paso que había contribuido a arrojar más luz sobre un elemento esencial del tema. Nadie puso reparos en reconocer que la materia objeto de estudio era jurídicamente compleja y suscitaba cuestiones políticamente sensibles e importantes para los Estados.

194. Según una opinión, la práctica de los Estados no era uniforme y, lo que era más importante, la dirección de la práctica de los Estados se encontraba en un “estado de cambio” de tal índole que no resultaba fácil identificar las normas clara e inequívocamente aplicables. La Comisión no solo se enfrentaba a cuestiones teóricas y doctrinales sobre el tema en relación con otros campos del derecho en el ámbito del sistema jurídico internacional global, sino también a la dificultad de tomar decisiones en materia de codificación y desarrollo progresivo que contribuyeran a hacer avanzar el derecho internacional. Se dijo también que era necesario mantener un equilibrio entre la lucha contra la impunidad y la salvaguardia de la estabilidad en las relaciones entre Estados. En esas circunstancias, se consideraron imprescindibles la transparencia y un debate argumentado sobre cualquier decisión que hubiera que tomar y sobre la dirección que había que seguir.

195. Algunos miembros señalaron que el informe abría la posibilidad de plantear conceptualmente la materia en su integridad partiendo de la premisa de que existían limitaciones o excepciones al alcance de la inmunidad *ratione materiae*, en contraposición a la inclusión de todos los actos, comprendidos los que constituían crímenes internacionales, dentro del alcance de los actos realizados a título oficial. Otros miembros sugirieron que las circunstancias brindaban a la Comisión la oportunidad de impulsar el desarrollo progresivo, dado que en su práctica los Estados recurrían actualmente a una concepción restringida de la inmunidad en relación con las inmunidades jurisdiccionales de los Estados.

196. Hubo apoyo general a que se remitieran al Comité de Redacción los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial. Algunos miembros hicieron comentarios y observaciones, también sobre algunos de los razonamientos y conclusiones que figuraban en el informe.

197. Algunos miembros pusieron de relieve la distinción entre la inmunidad *ratione personae* basada en el estatus y la inmunidad *ratione materiae* basada en el comportamiento. En determinados aspectos, ambas compartían algunos elementos

básicos; y, por encima de todo, la base de su fundamento jurídico era la misma, a saber, el principio de la igualdad soberana de los Estados. Al mismo tiempo, se instó a mantener la prudencia ante la tendencia a recurrir en exceso al principio de igualdad soberana de los Estados para explicar las complejas cuestiones que entrañaba el tema, ya que el principio no explica, por ejemplo, el enfoque restringido de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, que permitía que un Estado ejerciera su jurisdicción respecto de actividades comerciales y otras actividades que no tuvieran carácter público de otro Estado. Según esta opinión, la prueba adecuada para conceder la inmunidad oficial por un acto realizado a título oficial debería depender de que el acto fuera en beneficio del Estado de la persona que lo realizase y de que se asegurase el ejercicio efectivo de su función. Si bien algunos miembros reconocieron las diferencias existentes entre las diversas normas y regímenes aplicables en el ordenamiento jurídico internacional, se hizo la advertencia de que la Comisión corría el riesgo de establecer un régimen incongruente con el régimen del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a cuya creación había contribuido la propia Comisión. Por otra parte, se recordó que, a diferencia del presente tema, basado en una “relación horizontal” entre Estados, la jurisdicción penal internacional establecía una “relación vertical” entre ellos. Este aspecto fundamental presentaba un conjunto de factores diferentes que exigían un análisis crítico.

198. Por ejemplo, se sugirió que, al determinar el alcance de la inmunidad *ratione materiae*, había determinados actos que podrían llegar a trascender el beneficio que suponía la inmunidad *ratione materiae*. Era el caso de los actos que daban pie a denuncias de crímenes internacionales graves, actos *ultra vires*, *acta jure gestionis*, o de los actos realizados a título oficial pero exclusivamente en beneficio personal, así como actos realizados en el territorio del Estado del foro sin su consentimiento.

199. Según algunos miembros de la Comisión, para regular esos actos había dos posibilidades: o bien ser inclusivos, afirmando que un acto constitutivo de delito era un acto realizado a título oficial y haciendo frente al problema de si se trataba de un acto público o privado, o ambos, o bien tratar esas cuestiones como limitaciones o excepciones. Algunos miembros dijeron que, si bien resultaba difícil catalogar los crímenes internacionales graves, los actos *ultra vires* o los actos *jure gestionis* como actos privados, se sugirió que era mejor abordar estas cuestiones como limitaciones o excepciones y no como parte de una definición de actos oficiales o no oficiales. Este enfoque parecía presentar la ventaja de que la práctica había seguido planteamientos similares anteriormente con respecto a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. Algunos miembros dijeron que ese enfoque también permitiría encontrar soluciones que combinaran la aceptación de las limitaciones y excepciones con las necesarias salvaguardias y las garantías procesales debidas.

b) Metodología

200. El enfoque metodológico adoptado por la Relatora Especial consistente en analizar sistemáticamente la práctica disponible al intentar determinar el alcance de la inmunidad *ratione materiae* fue considerado en general encomiable por la riqueza de los materiales estudiados y la pertinencia del análisis llevado a cabo. No obstante, algunos miembros señalaron que, en algunos casos, el informe se limitaba a remitir a ejemplos de la jurisprudencia sin analizarlos en todo su contexto. Asimismo, en algunos supuestos, se hacían afirmaciones categóricas que iban más allá de lo que era necesario o estaba justificado, mientras que en otras partes no siempre quedaba claro qué relación guardaban los materiales aludidos en el informe con los textos concretos presentados.

201. Algunos miembros señalaron también que en muchos casos se invocaban de modo recurrente causas de determinados órganos jurisdiccionales o regiones o litigios

relacionados con el ejercicio de la jurisdicción civil, a pesar de que el tema versaba sobre la inmunidad de jurisdicción penal. Se sugirió a la Relatora Especial que ampliara aún más el estudio para incluir la jurisprudencia de todas las tradiciones jurídicas y de las diversas regiones. Se señaló que era necesario obrar con cautela en la invocación de tales precedentes; si bien era posible que no hubiera diferencias materiales entre la jurisdicción civil y la jurisdicción penal cuando se ejercían para determinar lo que constituía un acto realizado a título oficial, en algunos supuestos podría ser esencial analizar el contexto en el que se hubiera reconocido o denegado la inmunidad; esta podría ser diferente según que la causa se hubiere entablado contra un soberano extranjero o contra un particular en un contexto civil o un contexto penal.

202. Algunos miembros también pusieron en tela de juicio la afirmación que se hacía en el informe sobre la no pertinencia del derecho interno a los efectos de determinar los actos realizados a título oficial, teniendo en cuenta que dicho derecho constituía práctica al identificar el derecho internacional consuetudinario; de hecho, en su análisis, la Relatora Especial había recurrido a la jurisprudencia que interpretaba y aplicaba dicho derecho interno. También se señaló que había que hacer un mayor hincapié en el análisis de la práctica legislativa y ejecutiva interna de los Estados, así como dar mayor importancia al análisis de la práctica judicial internacional, en particular todas las implicaciones de fallos como los dictados por cortes y tribunales internacionales por ejemplo, en la causa relativa a la *Orden de detención*³⁹¹ y la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*³⁹², que, según se sostenía, se habían ocupado de algunas de las cuestiones con cierto grado de coherencia.

c) Proyecto de artículo 2 f): Definición de “acto realizado a título oficial”

203. Si bien el proyecto de artículo 2 f) es de carácter definitorio y está redactado sucintamente, se formularon comentarios al respecto en vista del extenso análisis que la Relatora Especial había presentado en su informe para fundamentar su enunciado.

i) “Acto realizado a título oficial” versus “acto realizado a título privado”

204. Se reconoció que la “doctrina del acto de Estado” representaba un concepto jurídico completamente diferente del de inmunidad *ratione materiae*. En general, se apoyó la afirmación de que un “acto realizado a título oficial” se definía y valoraba en contraposición a los “actos realizados a título privado”. También se estimó que un acto realizado a título privado no equivalía necesariamente a los *acta jure gestionis*, como tampoco un acto realizado a título oficial era equiparable a los *acta jure imperii*. Además, la distinción entre un “acto realizado a título oficial” y un “acto realizado a título privado” no guardaba relación alguna con la distinción entre actos lícitos o ilícitos. No obstante, se adujo que esos conceptos de contraste aún ofrecían algunos elementos útiles que podrían ayudar a entender si un acto se realizaba a título oficial o a título privado o si de hecho el acto era lícito o ilícito. Unos comentarios bien contruidos que pusieran de manifiesto los diversos matices podrían contribuir a que se entendiera mejor qué era un acto realizado a título oficial.

205. Algunos miembros distaban de estar convencidos de que fuera necesario definir un acto oficial o un acto realizado a título oficial a los efectos del presente tema. Se señaló que los conceptos jurídicos solían ser indeterminados y no siempre se prestaban a una definición jurídica. No se sabía con certeza si sería útil introducir una definición más allá de la dicotomía entre actos realizados a título oficial y actos realizados a

³⁹¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3.

³⁹² *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177.

título privado. Cualquier intento de ir más allá de los lugares comunes sería una tarea irrealizable. Se consideró que la distinción entre actos realizados a título oficial y actos realizados a título privado era general y suficiente como para poder tomar una decisión en cada caso concreto y en función de las circunstancias. La práctica, en la jurisprudencia internacional e interna, confirmaba esta oposición binaria. Algunos miembros pusieron en duda que la recopilación de múltiples referencias a los casos en que se empleaban términos como “acto oficial” o “acto realizado a título oficial” fuera útil, puesto que dicha recopilación forzosamente sería incompleta y requeriría un análisis más a fondo para entender el contexto. Se sugirió que la Relatora Especial debería haber estudiado con más detalle la cuestión de cómo podía un Estado determinar actividades que consideraba constituían actos realizados a título oficial. En cambio, otros miembros mantuvieron que una definición, debidamente redactada, podría ser necesaria o útil. Se sugirió además que el comentario citara ejemplos de actos realizados a título oficial.

ii) La naturaleza penal del acto

206. Algunos miembros observaron que ciertos tratados consideraban la participación de un funcionario del Estado en la comisión del acto como parte de la definición de un delito, pero que ello no excluía necesariamente la posibilidad de que un funcionario participara en calidad de tal en la comisión de ese delito. No obstante, según esa opinión, la naturaleza prescriptiva o descriptiva de una determinada calificación de un delito no influía necesariamente en la cuestión de si la persona había actuado a título oficial.

207. En opinión de algunos miembros, la cuestión esencial que determinaba si un acto había sido realizado a título oficial a los efectos de la inmunidad no era la naturaleza del acto, sino la capacidad en que se actuaba.

208. Varios miembros señalaron que, si bien la naturaleza delictiva del acto no alteraba su carácter oficial, ello no suponía que el carácter delictivo del acto pudiera considerarse como un elemento de la definición del acto realizado a título oficial. Se señaló también que la tipificación como delito de un acto realizado a título oficial, que parecía estar incorporada en la definición propuesta, produciría un resultado sorprendente, puesto que consideraba como delito cualquier acto realizado a título oficial. Ello equivalía a sugerir que todo “acto realizado a título oficial”, por definición, constituía un delito, y necesariamente que los funcionarios del Estado siempre incurrían en un delito cuando actuaban a título oficial. Un acto era un delito, no por su naturaleza, sino más bien por su tipificación como tal delito en el derecho penal interno o internacional.

209. Se dijo que el propósito fundamental del derecho internacional de la inmunidad era que un tribunal del Estado del foro determinara, como cuestión de procedimiento, si un determinado acto realizado por un funcionario estaba sujeto a su jurisdicción. Estas cuestiones se examinaban *in limine litis*. Si la licitud del acto, como tal, fuera un criterio pertinente para determinar la existencia de jurisdicción, el derecho de la inmunidad *ratione materiae* resultaría en tal medida superfluo. Ese planteamiento también afectaría a la presunción de inocencia.

210. Para algunos miembros, la referencia a la “naturaleza penal” del acto simplemente trataba de reflejar un concepto descriptivo a los efectos del presente proyecto de artículos. No pretendía dar a entender que todos los actos oficiales fueran “delictivos”. Varios miembros indicaron que no entendían la lógica de que la inmunidad se aplicaba porque el acto había sido realizado a título oficial y no porque tuviera un elemento delictivo. A este respecto, se recordó que en el pasado se habían hecho sugerencias para establecer una definición de comportamiento delictivo. También se quiso saber qué sentido tendría detener a un funcionario por algo que no

fuera la presunta comisión de un acto delictivo y, de hecho, a este respecto se cuestionó que ello afectara a la presunción de inocencia.

211. A ello se respondió que el proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013, relativo al ámbito de aplicación, ya disponía que los proyectos de artículo se centraban en la jurisdicción penal.

212. Se hicieron diversas propuestas para calificar y suprimir del texto de la definición propuesta toda connotación de que un acto realizado a título oficial era un delito *per se*. En particular, se sugirió volver a redactar el proyecto de artículo 2 f), de manera que se eliminara los requisitos de criminalidad.

213. En lo que respecta a la cuestión de “un acto, dos responsabilidades”, algunos miembros consideraban que estaba bien establecida en el derecho internacional. Era evidente que todo acto realizado por un funcionario del Estado a título oficial no solo era atribuible a la persona (a los efectos de su responsabilidad penal individual), sino también al Estado (a los efectos de la responsabilidad del Estado). Otros miembros, si bien no se oponían a esa descripción, consideraban que no era del todo evidente que el modelo de “un acto, dos responsabilidades” llevara a la conclusión de que los actos realizados a título oficial debían ser de naturaleza penal. Se señaló que parecía haber cierta confusión entre la cuestión de la jurisdicción y la inmunidad, conceptos ellos mismos diferentes, aunque relacionados entre sí, y la responsabilidad, ya fuera la responsabilidad penal individual o la responsabilidad del Estado.

iii) La atribución del acto al Estado

214. Algunos miembros consideraban importante que el informe hubiera abordado la cuestión de la atribución, ya que contribuía a aclarar algunas cuestiones relativas al alcance de la inmunidad *ratione materiae*.

215. Para otros miembros, la referencia, en el contexto de la inmunidad *ratione materiae*, a las reglas de atribución aplicables a la responsabilidad del Estado tenía toda la lógica, ya que, a su juicio, la inmunidad en cuestión correspondía exclusivamente al Estado. Por ello, expresaron dudas con respecto a la afirmación de la Relatora Especial de que “el acto delictivo que p[odía] quedar cubierto por la inmunidad *ratione materiae* no e[ra], en sentido estricto, un acto propio del Estado sino del individuo que realiza[ba] el acto”, por considerar que era confusa y complicaba la cuestión.

216. Se recordó asimismo que las normas de la inmunidad del Estado eran de naturaleza procedimental y se limitaban a determinar si un Estado del foro podía ejercer su jurisdicción sobre otro. No afectaban a la cuestión de si el comportamiento respecto del cual se iniciaba el procedimiento había sido o no lícito.

217. Varios miembros no estaban dispuestos a admitir que la inmunidad de un funcionario del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado estuviera vinculada a la inmunidad del Estado. En su opinión, la diferenciación era útil y debía seguir estudiándose; como había demostrado la evolución del derecho penal internacional, en particular desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la inmunidad *ratione materiae* no siempre debía vincularse a la inmunidad del Estado. Otros miembros se refirieron al derecho del Estado a renunciar a la inmunidad de sus funcionarios, lo que demostraba la conexión entre todas las formas de inmunidad basada en el Estado.

218. Algunos miembros también coincidían con la Relatora Especial en que no todos los criterios de atribución establecidos en los artículos 4 a 11 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos eran pertinentes a los efectos de la inmunidad. Por ejemplo, se señaló que los

comportamientos de personas que, en determinadas circunstancias, se atribuían al Estado en virtud de los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 del Proyecto de Artículos no constituían actos realizados a título oficial a los efectos de la inmunidad de esas personas.

219. Habida cuenta de que parecía haber escasa práctica de los Estados o jurisprudencia pertinente, varios miembros quisieron saber en qué se basaba la Relatora Especial al afirmar que el concepto de “funcionario del Estado” excluía, a los efectos de la inmunidad, a los individuos que habitualmente eran considerados como funcionarios *de facto*. Algunos miembros estimaban necesario adoptar un enfoque más amplio para abarcar los actos de una persona que actuara bajo la dirección y el control de los poderes públicos. También se indicó que los últimos acuerdos celebrados y los principios elaborados en relación con contratistas privados mostraban una tendencia a limitar o denegar la inmunidad a esos actores.

220. Según otra opinión, el derecho de la inmunidad y el derecho de la responsabilidad del Estado eran regímenes diferentes con distinta razón de ser, por lo que ofrecían soluciones y recursos diferentes.

221. En referencia específica al proyecto de definición propuesto, algunos miembros acogieron con agrado el hecho de que la Relatora Especial no hubiera introducido en el texto la atribución del acto al Estado, dado que no era un criterio útil para determinar qué constituía un acto realizado a título oficial.

iv) Soberanía y ejercicio de atribuciones del poder público

222. Según algunos miembros, era importante, como se señalaba en el informe, distinguir los actos realizados a título oficial en el sentido de haberse llevado a cabo en el ejercicio de un cargo público, o de la prerrogativa soberana del Estado, de los que simplemente estaban motivados por un interés privado. Consideraban que las extrapolaciones de los aspectos “representativos” y “funcionales” del funcionamiento del Estado quedaban bien reflejadas en el texto de la Relatora Especial. Se señaló con aprobación el uso de la expresión “atribuciones del poder público” en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Otros miembros consideraban que el contexto en que se utilizaba esa expresión en dicho Proyecto de Artículos era diferente. Varios miembros también se refirieron a la dificultad de definir la soberanía y el ejercicio de atribuciones del poder público.

223. Para algunos miembros, el argumento de que un crimen internacional era contrario al derecho internacional no aportaba ningún elemento adicional de interés para la calificación de un acto realizado a título oficial, aunque la afirmación de que un acto realizado a título oficial tenía naturaleza delictiva parecía indicar que la Relatora Especial en efecto había tomado posición sobre el asunto a pesar de que la cuestión de las limitaciones y excepciones se examinaría en el quinto informe en 2016. Otros miembros convinieron con la Relatora Especial en que, habida cuenta de la naturaleza de los crímenes internacionales y su gravedad, existía la obligación de tenerlos en cuenta para definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

224. Algunos miembros no estaban de acuerdo con la Relatora Especial en que la relación entre los actos realizados a título oficial y los crímenes internacionales estuviera clara. Hicieron referencia a la opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a la *Orden de detención*, según la cual “[...] los crímenes internacionales graves no pueden ser considerados como actos oficiales, ya que no se corresponden ni con las funciones estatales normales ni

con las funciones que solo un Estado puede ejercer...³⁹³. Otros miembros observaron que la Relatora Especial se había centrado en la cuestión de si los crímenes internacionales podían llegar a ser “actos realizados a título oficial” sin abordar la cuestión de las limitaciones o excepciones. Se sugirió que los comentarios que se aprobaran sobre el proyecto de disposición se elaboraran de tal forma que no prejuzgaran los debates sobre las inmunidades en relación con los crímenes internacionales.

225. No obstante, algunos miembros afirmaron, sobre la base de la causa relativa a la *Orden de detención*, que la “excepción de los crímenes internacionales” no era aplicable a la inmunidad *ratione personae*. Por otra parte, se señaló que esa causa dejaba abierta la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad *ratione materiae* ya que, cuando la Corte Internacional de Justicia declaró que no podía deducir de la práctica que hubiera, en virtud del derecho internacional consuetudinario, ninguna forma de excepción a la norma que concedía la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio, había limitado la conclusión a la inmunidad *ratione personae*.

226. Algunos miembros cuestionaron la necesidad de una definición y pusieron en duda la utilidad del enunciado “acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de atribuciones del poder público”, por considerar que la palabra “atribuciones” no era clara y las palabras “del poder público” constituían una petición de principio. La alternativa era utilizar la fórmula que figuraba en el proyecto de artículo 2 e), aprobado provisionalmente por la Comisión en 2014, en cuyo caso se haría referencia a un “acto realizado por un funcionario del Estado cuando representa al Estado o cuando ejerce funciones estatales”. Se recordó que la Comisión, cuando aprobó esa disposición, había examinado la expresión “autoridad gubernativa” y había decidido no emplearla. No obstante, otros miembros consideraban que esa expresión era útil en el contexto de este tema.

227. Algunos miembros señalaron que si la Comisión aprobaba una definición de un acto realizado a título oficial, tal vez convendría, entonces, modificar en el mismo sentido el proyecto de artículo 5 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción.

d) Proyecto de artículo 6: Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

228. El proyecto de artículo 6 se consideró aceptable en general. No obstante, se sugirió que los párrafos 1 y 2 se redactasen de nuevo a fin de evitar la impresión de que solo hacía referencia a los funcionarios electos. Ello podría hacerse mediante el texto siguiente: “*durante el período en que representan al Estado o ejercen funciones estatales y posteriormente*”. También se planteó la posibilidad de invertir el orden de los párrafos 1 y 2, ya que así se establecería una clara distinción entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*. Asimismo, se señaló que, si bien el proyecto de párrafo 2 era aceptable, su aceptación no prejuzgaba la cuestión de las posibles excepciones.

229. Se observó que el párrafo 3 era superfluo, puesto que enunciaba un aspecto que ya quedaba abarcado por el párrafo 3 del proyecto de artículo 4 y el comentario correspondiente, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013. Debía abordarse en el comentario pero, si se mantenía, era necesario suprimir la palabra “antiguos”, ya que la inmunidad *ratione materiae* se aplicaba también a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores que se encontraban en el ejercicio del cargo.

³⁹³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, I.C.J. Reports 2002, págs. 2 y ss., en especial pág. 89, párr. 85.

e) **Plan de trabajo futuro**

230. El examen de las limitaciones y excepciones a la inmunidad se consideraba un aspecto fundamental del tema. A este respecto, algunos miembros destacaron la importancia de analizar en profundidad las observaciones recibidas de los gobiernos, no solo como prueba de la práctica de los Estados, sino también para reflejar matices en las posiciones adoptadas y, entre otras cosas, si se consideraba que, en general, el derecho internacional en este campo estaba claro. Otros miembros lamentaron que el análisis de las limitaciones y excepciones a la inmunidad no se abordara hasta 2016, a pesar de que la cuestión se había mencionado a menudo en los informes anteriores sin prestarle demasiada atención.

231. Algunos miembros alentaron a la Relatora Especial a que abordara la cuestión de las limitaciones y excepciones junto con las cuestiones de procedimiento, no solo porque ambos aspectos estaban relacionados entre sí sino porque hacerlo así podía, en última instancia, ayudar a la Comisión a solucionar algunas de las cuestiones espinosas relacionadas con el tema en su conjunto. Se sugirió incluso abordar las cuestiones de procedimiento en primer lugar. Otros miembros señalaron que sería prematuro ocuparse de las limitaciones y excepciones el próximo año porque aún quedaban cuestiones generales por abordar.

3. Conclusiones finales de la Relatora Especial

232. La Relatora Especial se ocupó de las cuestiones que se suscitaron durante el debate, agrupándolas en dos bloques dedicados, respectivamente, a ciertas cuestiones metodológicas planteadas por varios miembros de la Comisión, por un lado, y a las cuestiones relacionadas con el concepto de “acto realizado a título oficial”, por otro.

233. Con respecto al primer bloque de cuestiones, la Relatora Especial señaló con carácter general que algunas de las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión iban más allá de lo simplemente metodológico. En todo caso, se refirió en ese marco a los comentarios relacionados con el análisis y valor de la jurisprudencia, el tratamiento de la legislación nacional y la consideración de las declaraciones y comunicaciones de los Estados.

234. En relación con la jurisprudencia, la Relatora Especial celebró que un amplio número de miembros de la Comisión hubieran valorado positivamente el análisis de la práctica judicial contenida en el informe. Respecto de los comentarios de algunos miembros de la Comisión referidos a la utilidad del análisis de la jurisprudencia nacional, reiteró la importancia que atribuía a la jurisprudencia nacional en el tratamiento de la inmunidad *ratione materiae*, teniendo especialmente en cuenta que eran los tribunales nacionales los que se enfrentaban directamente a los problemas vinculados con la inmunidad. Subrayó que, aunque la jurisprudencia nacional no era coherente y homogénea, la constatación de dicha situación era en sí misma relevante para los trabajos de la Comisión. La Relatora Especial reconoció igualmente la importancia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, pero destacó su desacuerdo con la existencia de una suerte de jerarquía entre la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia nacional. Al mismo tiempo, observó que no compartía la opinión expresada de que la jurisprudencia internacional era plenamente coherente y concordante.

235. En relación con el valor asignado a la legislación nacional para definir el concepto de “acto realizado a título oficial” a los efectos del presente proyecto de artículos, reconoció que el término “irrelevante” contenido en el párrafo 32 del informe no era el más adecuado. Sin embargo, señaló que su intención no era privar de todo valor a la legislación nacional, sino destacar que debería servir únicamente como un instrumento complementario de interpretación, teniendo en cuenta en particular las

notables diferencias que se podían encontrar en cada legislación nacional, así como la dificultad para identificar qué normas nacionales eran relevantes a los efectos de la definición del concepto de “acto realizado a título oficial”. A eso se añadía el hecho de que las leyes nacionales relativas a la inmunidad del Estado no recogían ninguna definición de “acto realizado a título oficial”.

236. Por último, respecto de las declaraciones y los comentarios remitidos por los Estados, la Relatora Especial reiteró la importancia que siempre había atribuido a esos valiosos materiales, que había utilizado de forma sistemática en la elaboración de sus informes. Celebró que la importancia de esos comentarios y declaraciones fuera igualmente valorada como útil por los miembros de la Comisión, no solo a los efectos de informar sobre la práctica nacional, sino también a fin de conocer cómo los Estados percibían las distintas cuestiones jurídicas que formaban parte del presente tema.

237. En relación con los comentarios referidos a la definición de “acto realizado a título oficial”, la Relatora Especial realizó varios comentarios finales sobre la importancia de incluir dicha definición en el proyecto de artículos, la conexión del acto con la soberanía y el ejercicio de prerrogativas del poder público, la dimensión penal vinculada con el concepto de “acto realizado a título oficial” y la relación entre responsabilidad e inmunidad.

238. En cuanto a la importancia de definir el “acto realizado a título oficial”, la Relatora Especial reafirmó su convencimiento sobre la necesidad de contar con dicha definición a los efectos del presente proyecto de artículos, que fue apoyado por un número importante de miembros de la Comisión. En su opinión, esa definición contribuiría a alcanzar la seguridad jurídica, en particular teniendo en cuenta las siguientes razones: que tal concepto no podía definirse tan solo por oposición a un acto realizado a título privado, que tampoco había sido objeto de una definición, que la diversidad y falta de homogeneidad de la jurisprudencia no permitían considerar que fuera un concepto jurídico indeterminado identificable por vía judicial, y que esa definición contribuiría a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional y ayudaría a los operadores jurídicos, incluidos los tribunales nacionales. En relación con esa cuestión, la Relatora Especial expresó su opinión de que aplicar de forma reiterada la técnica de la “desregularización” (no adoptar ninguna definición, en el caso que nos ocupa) no parecía conforme al mandato de la Comisión.

239. En relación con la cuestión de la soberanía y el ejercicio de la autoridad soberana, la Relatora Especial subrayó que considerar un “acto realizado a título oficial” como un elemento material, por oposición a subjetivo, requería la existencia de un vínculo especial entre el funcionario del Estado y el Estado. Aunque el término “soberanía” no se prestaba a una definición precisa, se podían identificar casos prácticos de “actos inherentes de soberanía” o “actos inherentemente soberanos”, en particular en los ejemplos que figuraban en los párrafos 54 y 58 del informe. Además, la Comisión ya había empleado la expresión “ejercicio de atribuciones del poder público” en su labor anterior sobre la responsabilidad del Estado. La Relatora Especial recordó que la Comisión había dejado a un lado ese asunto para profundizar en él.

240. En cuanto a la relación entre responsabilidad e inmunidad, la Relatora Especial reiteró que, aunque era cierto que ambas instituciones respondían a lógicas distintas, presentaban ciertos elementos en común que impedían separarlas de forma radical. Un buen ejemplo de dicha relación era el debate sobre los crímenes internacionales y su relación con la inmunidad que había sido suscitado por varios miembros de la Comisión durante los debates. En consecuencia, a su juicio, era necesario no olvidar las cuestiones relacionadas con la responsabilidad en el tratamiento del tema, al menos por lo que se refería a ciertas reglas relativas a la atribución del acto al Estado. La Relatora Especial afirmó no compartir la opinión expresada por algún miembro de la Comisión conforme a la cual el acto no era oficial porque se atribuía al Estado, sino

que se atribuía al Estado porque había sido llevado a cabo por un funcionario del Estado.

241. Respecto del proyecto de artículo 6, la Relatora Especial destacó la combinación de los dos elementos (material y temporal), mostrándose a favor de considerar la posibilidad de invertir el orden de los párrafos 1 y 2. Respecto del párrafo 3 de ese proyecto de artículo, la Relatora Especial consideró necesario mantenerlo, pero dejó abierta la posibilidad de que la Comisión decidiera suprimirlo, incorporando su contenido y justificación en los comentarios.

242. La Relatora Especial respondió a varias cuestiones planteadas por algunos miembros de la Comisión. Finalmente, respecto del plan de trabajo futuro, señaló el interesante debate que había tenido lugar en sesión plenaria, que —en buena medida— repetía un debate que ya se había mantenido anteriormente en la Comisión. Recordó que la Comisión había avalado en su día el plan de trabajo y que un buen número de miembros de la Comisión habían apoyado su propuesta de abordar el tema de los límites y las excepciones en el próximo informe. No obstante, tomó buena nota de las sugerencias de algunos miembros de la Comisión de tratar en primer lugar o conjuntamente los aspectos procesales del tema. En tal sentido, señaló que trataría los temas procesales en su próximo informe en la medida en que fuera necesario y posible.

243. Para finalizar, la Relatora Especial recomendó a la Comisión que decidiera enviar los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción, en el entendimiento de que este los analizaría teniendo en cuenta los debates celebrados en sesión plenaria.

Capítulo XI

Aplicación provisional de los tratados

A. Introducción

244. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema “Aplicación provisional de los tratados” en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de un informe oral presentado por el Relator Especial sobre las consultas officiosas celebradas acerca del tema y presididas por él mismo. 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.

245. En su 65º período de sesiones (2013), 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 sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (“Convención de Viena de 1969”), 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.

246. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), cuyo propósito era ofrecer un análisis sustantivo de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

247. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/687*), en el que este continuaba el análisis de la práctica de los Estados y examinaba la relación de la aplicación provisional con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, así como la cuestión de la aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales. El informe incluía propuestas relativas a seis proyectos de directriz sobre la aplicación provisional³⁹⁴.

³⁹⁴ El texto propuesto por el Relator Especial rezaba:

Proyecto de directriz 1

Los Estados y las organizaciones internacionales podrán aplicar provisionalmente un tratado, o partes de él, cuando así lo disponga el tratado o bien, cuando hayan convenido en ello de otro modo, en la medida en que el derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales no lo prohíban.

Proyecto de directriz 2

El acuerdo para la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, podrá derivarse de los términos del tratado, o podrá establecerse mediante un acuerdo separado, o mediante otras formas como la resolución de una conferencia internacional, o de cualquier otro modo en que hayan convenido los Estados o las organizaciones internacionales.

Proyecto de directriz 3

La aplicación provisional de un tratado podrá iniciar en el momento de su firma, ratificación, adhesión o aceptación, o en cualquier otro momento en que hayan convenido los Estados o las organizaciones internacionales, en atención a los términos que el tratado

248. La Comisión tuvo ante sí un memorando (A/CN.4/676), preparado por la Secretaría, sobre la aplicación provisional a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986 (la Convención de Viena de 1986).

249. La Comisión examinó el segundo informe en sus sesiones 3269ª y 3270ª, y 3277ª a 3279ª, celebradas el 14 y 15, el 23 y 24 y el 28 de julio de 2015.

250. En su 3279ª sesión, el 28 de julio de 2015, la Comisión remitió los proyectos de directriz 1 a 6 al Comité de Redacción.

251. En su 3284ª sesión, el 4 de agosto de 2015, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe oral provisional del Comité sobre los proyectos de directriz 1 a 3, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 67º período de sesiones. El informe se presentaba únicamente a título informativo en esta etapa y puede consultarse, junto con el proyecto de directrices, en el sitio web de la Comisión³⁹⁵.

1. Presentación por el Relator Especial de su tercer informe

252. Al presentar su tercer informe, el Relator Especial recordó la labor realizada por la Comisión en períodos de sesiones anteriores y el contenido y propósito de sus dos primeros informes. Recordó, en particular, la postura que había adoptado según la cual, con la única salvedad de las características específicas del tratado en cuestión, los derechos y obligaciones del Estado que había consentido en aplicar provisionalmente un tratado eran idénticos a los derechos y obligaciones que se derivaban del tratado mismo como si estuviera en vigor, y que la violación de una obligación resultante de la aplicación provisional del tratado generaba la responsabilidad del Estado.

253. Aproximadamente 20 Estados miembros habían remitido observaciones sobre su práctica. El Relator Especial, aunque tomaba nota de que la práctica de los Estados no era uniforme, seguía opinando que no era necesario llevar a cabo un estudio comparativo de los derechos internos. Señaló que el número de tratados que preveían la aplicación provisional y que se habían aplicado provisionalmente era relativamente alto.

254. El tercer informe del Relator Especial se centraba en dos cuestiones principales: en primer lugar, la relación con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969, y, en segundo lugar, la aplicación provisional de los tratados con respecto a la práctica de las organizaciones internacionales. Por lo que hacía a la primera

disponga o a los términos en que los Estados negociadores o las organizaciones internacionales negociadoras hayan convenido.

Proyecto de directriz 4

La aplicación provisional de un tratado tiene efectos jurídicos.

Proyecto de directriz 5

Las obligaciones que se deriven de la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, persisten hasta tanto: i) el tratado entre en vigor o; ii) la aplicación provisional se dé por terminada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, párrafo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, según el caso.

Proyecto de directriz 6

La violación de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado, o de partes de él, genera la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional.

³⁹⁵ Puede consultarse en la dirección: <http://legal.un.org/ilc>.

cuestión, su análisis, que no pretendía ser exhaustivo, giraba en torno a los artículos 11 (Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado), 18 (Obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado), 24 (Entrada en vigor), 26 (*Pacta sunt servanda*) y 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados). Esas disposiciones se habían elegido porque mantenían una relación natural y estrecha con la aplicación provisional. Por lo que respecta a la aplicación provisional de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, el Relator Especial observó que el memorando de la Secretaría indicaba claramente que los Estados estimaban válido el enunciado adoptado en la Convención de Viena de 1969. No obstante, el Relator Especial reiteraba su opinión de que un análisis acerca de si el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 reflejaba el derecho internacional consuetudinario no afectaría al planteamiento general del tema.

255. El capítulo IV de su informe giraba en torno a varios aspectos: 1) las organizaciones internacionales o los regímenes internacionales creados en virtud de la aplicación provisional de tratados; 2) la aplicación provisional de tratados negociados en el ámbito de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas convocadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales; y 3) la aplicación provisional de tratados en los que eran parte organizaciones internacionales. Con respecto a la creación de organizaciones internacionales o regímenes internacionales, el Relator Especial explicó que se refería a los organismos internacionales creados en virtud de tratados y que desempeñaban un papel importante en la aplicación del tratado correspondiente, aunque no estuvieran destinados a convertirse en organizaciones internacionales con todas las de la ley. En cuanto a la aplicación provisional de tratados negociados en el ámbito de organizaciones internacionales o en conferencias diplomáticas convocadas bajo los auspicios de organizaciones internacionales, el Relator Especial hacía referencia, en particular, al establecimiento de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCE). A pesar de que la convención no estaba en vigor, la OTPCE en su forma de transición había estado operativa durante casi 20 años. El Relator Especial mencionó también más de 50 tratados negociados bajo el auspicio de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), de los cuales un número importante preveía la aplicación provisional de los tratados. El Relator Especial sometió a la consideración de la Comisión la posibilidad de estudiar la práctica de la aplicación provisional de los tratados en relación con las organizaciones internacionales regionales.

256. A juicio del Relator Especial, la tarea que la Comisión tenía ante sí era elaborar una serie de directrices para los Estados que desearan recurrir a la aplicación provisional de los tratados, y propuso que la Comisión examinara asimismo en el marco de esas directrices la preparación de unas cláusulas modelo que sirvieran de guía a los Estados negociadores. El Relator Especial señaló que los seis proyectos de directriz sobre la aplicación provisional de los tratados eran el resultado de los tres informes que había presentado cada uno de los cuales debía leerse a la luz de los otros dos. El punto de partida para su redacción era el artículo 25 de las dos convenciones de 1969 y 1986.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

257. En general se expresó la opinión de que la legislación y la práctica internas sobre la forma en que los Estados entran a ser parte en los tratados, provisionalmente o no, eran muy diferentes, y que cualquier intento de clasificación, aun cuando fuera posible, probablemente no sería pertinente a los efectos de determinar las normas

correspondientes de derecho internacional. También se recomendó prudencia con respecto a la clasificación de los Estados según que su derecho interno aceptara o no, o hasta qué punto, la aplicación provisional de los tratados. Se señaló que, en algunos ordenamientos jurídicos internos, la posibilidad de aplicar provisionalmente los tratados era objeto permanentemente de polémicas.

258. Otros miembros opinaron que no se podía hacer caso omiso de las normas internas. Era útil analizar las diferentes legislaciones y prácticas internas en cuanto a los procedimientos aplicados antes de dar el consentimiento a la aplicación provisional, lo que permitiría comprender mejor la manera en que los Estados consideraban la naturaleza de la aplicación provisional en cuanto fenómeno jurídico. Tal vez mereciera la pena, por ejemplo, determinar si los Estados, en su práctica, parecían interpretar el artículo 25 de tal modo que diera a entender que, como cuestión de derecho internacional, un Estado solo podía invocarlo cuando su derecho interno así lo dispusiera. También se dijo que la Comisión tenía primero que tomar posición sobre la aplicabilidad del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 (Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados) con respecto a la aplicación provisional de los tratados. Se observó que la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional podía adoptar dos formas diferentes. En primer lugar, las disposiciones del derecho interno podían referirse al procedimiento o las condiciones para la manifestación del consentimiento del Estado respecto de la aplicación provisional del tratado. En segundo lugar, las disposiciones pertinentes de un tratado determinado que permiten la aplicación provisional se referían a veces también al derecho sustantivo interno.

259. Algunos miembros de la Comisión señalaron que, si bien el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 era la base del régimen jurídico de la aplicación provisional de los tratados, no respondía todas las cuestiones relacionadas con dicha aplicación. Se dijo que la Comisión debía ofrecer orientación a los Estados sobre cuestiones como: qué Estados pueden convenir en la aplicación provisional de los tratados (solo los Estados negociadores o también otros Estados); si un acuerdo sobre la aplicación provisional ha de ser legalmente vinculante; y si dicho acuerdo puede ser tácito o implícito. También se señaló que la Comisión debía ofrecer orientación a los Estados sobre qué otras normas de derecho internacional, por ejemplo, acerca de la responsabilidad y la sucesión, son de aplicación a los tratados que se aplican provisionalmente.

260. Hubo acuerdo general en que la aplicación provisional de los tratados producía efectos jurídicos y creaba derechos y obligaciones. Con todo, se instó al Relator Especial a que justificara más cumplidamente su conclusión de que los efectos jurídicos de la aplicación provisional eran los mismos después de la entrada en vigor del tratado y que, posteriormente, tales efectos no se podían poner en tela de juicio en razón del carácter provisional de la aplicación del tratado. Lo que no estaba totalmente claro era si la aplicación provisional produciría exactamente los mismos efectos que la entrada en vigor del tratado. Se mencionaron varias posibilidades. Una solución era comparar la aplicación provisional con el régimen de terminación de los tratados, de conformidad con el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969. Otra posibilidad era remitirse a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre las consecuencias de la invalidez de los tratados (art. 69), según las cuales los actos realizados de buena fe son exigibles frente a las partes en el tratado. Según otra opinión, aunque los efectos jurídicos de la aplicación provisional quizás fueran prácticamente los mismos después de la entrada en vigor del tratado, la aplicación provisional era simplemente provisional, surtía efectos jurídicos solo para los Estados que habían convenido en aplicar el tratado provisionalmente y únicamente surtía esos efectos en relación con aquellas partes del tratado sobre las que existía tal acuerdo.

Por otra parte, se sugirió que el Relator Especial podría examinar también si los procesos de terminación y suspensión de ambos regímenes eran idénticos.

261. Varios miembros respaldaron la postura adoptada por el Relator Especial en el sentido de que los efectos jurídicos de un tratado aplicado provisionalmente eran los mismos que los que se derivarían de un tratado en vigor. Se sostuvo que un Estado no podía aducir el hecho de que el tratado se aplicaba provisionalmente para argüir que no podía aceptar la validez de algunos de los efectos producidos por la obligación de aplicar provisionalmente ese tratado. En consecuencia, un tratado aplicado provisionalmente estaba sujeto a la regla *pacta sunt servanda* enunciada en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969. Su violación determinaría asimismo la puesta en práctica de las normas aplicables sobre la responsabilidad internacional por hechos ilícitos, como en el caso de la violación de un tratado en vigor. También se dijo que la distinción entre tratados en vigor y tratados aplicados provisionalmente era más procedimental que sustantiva, siendo la aplicación provisional más simple en cuanto a su inicio y su terminación. Algunos miembros señalaron que el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 también era aplicable a los tratados aplicados provisionalmente.

262. Con respecto al ejemplo, mencionado en el informe, de la aplicación provisional de la Convención sobre las Armas Químicas como resultado de una declaración unilateral de Siria, algunos miembros manifestaron la opinión de que no concernía a la aplicación provisional en sentido estricto a tenor del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, a menos que el Relator Especial considerase que el silencio o la inacción de las partes en relación con la declaración unilateral era prueba de que la habían aceptado. De ser así, era necesario proceder a un análisis más a fondo de las palabras “han convenido en ello de otro modo”, que figuraban en el artículo 25, con miras a determinar si la aquiescencia en forma de silencio o inacción podía constituir acuerdo para la aplicación provisional del tratado. También se dijo que las partes en cuestión habían consentido tácitamente en la aplicación provisional del tratado en vista del hecho de que la declaración de aplicación provisional de Siria fue notificada por el depositario a los Estados partes y ninguno había hecho objeciones a esa decisión.

263. En lo concerniente a la labor futura, se propuso que el Relator Especial se centrara en el régimen jurídico y las modalidades de la terminación y suspensión de la aplicación provisional. Por ejemplo, sería interesante conocer hasta qué punto la aplicación provisional de un tratado podría suspenderse o darse por terminada en virtud, por ejemplo, de la violación del tratado por otra parte que también lo aplicara provisionalmente o en los supuestos en que no era seguro si el tratado entraría en vigor. Se manifestó la opinión de que la continuación indefinida de la aplicación provisional, particularmente dado que permitía utilizar un medio simplificado de terminación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 25, párrafo 2, podría tener consecuencias no deseadas.

264. Se propuso asimismo que el Relator Especial tratara de identificar el tipo de tratados y las disposiciones de tratados que eran objeto a menudo de aplicación provisional y de determinar si ciertas clases de tratados abordaban la aplicación provisional de la misma manera. Igualmente, se consideró que la cuestión de quiénes eran los beneficiarios de la aplicación provisional merecía ser debatida. Se sugirió también que el Relator Especial realizara un análisis de las cláusulas de limitación utilizadas para modular las obligaciones asumidas para la observancia del derecho interno, o que condicionaban la aplicación provisional a la observancia del derecho interno.

265. Algunos miembros respaldaron la opinión de que merecía la pena redactar unas cláusulas modelo, que podrían tener importancia práctica para los Estados y las

organizaciones internacionales en relación con el proyecto de directrices. Sin embargo, algunos miembros advirtieron al Relator Especial contra la elaboración de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados que podrían resultar complejas debido a las diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales.

b) Relación con otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969

266. El tratamiento reservado en el informe a la relación entre el artículo 25 y otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 fue bien acogido. Se señaló que otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 también eran pertinentes. Por ejemplo, el artículo 60 era relevante puesto que la violación grave de un tratado aplicado provisionalmente podía, según esa opinión, llevar a la suspensión o terminación de la aplicación provisional. También se dijo que era dudoso que el artículo 60 produjera los mismos efectos en relación con un tratado aplicado provisionalmente. Con respecto a la relación con el artículo 26, se señaló que la regla *pacta sunt servanda* podía utilizarse para explicar la situación que podría derivarse de la terminación unilateral de la aplicación provisional.

267. Otra opinión fue que no era necesario hacer extensivo el examen de la relación del artículo 25 a otras normas del derecho de los tratados y estudiar también la que guarda con los artículos 19 y 46 de la Convención de Viena de 1969, puesto que era mejor centrarse en precisar las diferencias entre un tratado aplicado provisionalmente y un tratado que está en vigor respecto de un Estado determinado.

c) Aplicación provisional de un tratado con la participación de organizaciones internacionales

268. Algunos oradores pusieron en tela de juicio la afirmación de que la Convención de Viena de 1986, en su totalidad, reflejaba el derecho internacional consuetudinario. Se señaló, no obstante, que tal vez fuera posible afirmar que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, y quizás el artículo 25 de la Convención de Viena de 1986, reflejaban una norma de derecho internacional consuetudinario. Ahora bien, sería necesario analizar más a fondo esta cuestión, en un informe futuro del Relator Especial, antes de poder llegar a esa conclusión.

269. Se observó que, aun cuando un tratado se negociara en el ámbito de una organización internacional o una conferencia diplomática convocada bajo los auspicios de una organización internacional, la celebración del tratado era un acto de los Estados en cuestión y no de la organización internacional.

270. Se observó además que la aplicación provisional de tratados con la participación de organizaciones internacionales era diferente. Tales disposiciones eran más complicadas, porque a menudo estaban destinadas a garantizar simultáneamente la mayor participación posible de los miembros de la organización y la de la organización misma. Se estimaba que merecía la pena investigar si las organizaciones internacionales habían considerado o consideraban la aplicación provisional como un mecanismo útil y si habían incorporado tal mecanismo a sus reglas constitutivas.

271. Se propuso también que el Relator Especial tomara en consideración otras categorías de tratados que pudieran ser objeto de una forma especial de aplicación provisional. Por ejemplo, los acuerdos de sede no solían ser permanentes, sino que a menudo se concertaban para una conferencia o un acto concreto que la organización internacional iba a celebrar en el Estado en cuestión. Por naturaleza, tales acuerdos tenían que aplicarse inmediatamente y, por consiguiente, con frecuencia preveían su aplicación provisional.

272. Algunos miembros señalaron que sería conveniente dedicarse primero a examinar las cuestiones relacionadas con la aplicación provisional de tratados

celebrados por Estados y, únicamente después, comenzar a examinar la aplicación provisional de tratados con la participación de organizaciones internacionales.

d) Observaciones sobre los proyectos de directriz

273. En general, los miembros apoyaron el planteamiento adoptado por el Relator Especial consistente en preparar unos proyectos de directriz al objeto de proporcionar a los Estados y las organizaciones internacionales un instrumento práctico. Sin embargo, algunos miembros opinaron que sería mejor presentar los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en forma de proyectos de conclusión. Otra observación general fue la de que sería mejor separar el caso de los Estados del de los tratados con participación de organizaciones internacionales.

274. Se hicieron varias sugerencias de redacción concernientes al proyecto de directriz 1, a fin de que estuviera más en consonancia con el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. Por ejemplo, se señaló que la referencia a que el derecho interno no prohibiera la aplicación provisional no parecía ajustarse a lo dispuesto en el artículo 25 y debía suprimirse, puesto que daba a entender que los Estados podían recurrir a su legislación interna para eludir una obligación de aplicar provisionalmente un tratado. Se propuso asimismo que ese proyecto de directriz se asociara a otro sobre el ámbito de aplicación del proyecto de directrices.

275. En lo concerniente al proyecto de directriz 2, se propuso que se aclarase la referencia a una resolución de una organización internacional. Se expresó la opinión de que en muchos casos las resoluciones no podían equipararse a un acuerdo por el que se convenía en la aplicación provisional. Se sugirió asimismo que se hiciese referencia a otras formas de acuerdo, como el canje de cartas o notas diplomáticas. Se dijo también que la disposición podría ser más clara en cuanto a la posibilidad de aquiescencia por parte de los Estados negociadores o los Estados contratantes respecto de la aplicación provisional por un tercer Estado.

276. Con respecto al proyecto de directriz 3, se sugirió, entre otras cosas, que se simplificara la disposición y que se hiciese referencia al hecho de que la aplicación provisional solo tenía lugar antes de la entrada en vigor del tratado para la parte interesada. Se sugirió que las formas de manifestación del consentimiento para la aplicación provisional y el punto de partida temporal podían dividirse en dos proyectos de directriz.

277. Se propuso que se aclarase la expresión “efectos jurídicos” que figuraba en el proyecto de directriz 4 y que se desarrollara más esa disposición, ya que era la disposición esencial del proyecto de directrices. Se podría examinar, por ejemplo, si las obligaciones de aplicación provisional se extendían a la totalidad del tratado o solo a determinadas cláusulas. Otra posibilidad era indicar que el efecto jurídico de la aplicación provisional de un tratado podía continuar después de su terminación. Se dijo asimismo que la disposición podría redactarse teniendo en cuenta el enunciado del artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 y podría especificarse que la aplicación provisional de un tratado no podía dar lugar a la modificación del contenido del tratado.

278. En lo concerniente al proyecto de directriz 5, se sugirió que se aclarase que los efectos de las obligaciones que se derivaran de la aplicación provisional dependían de lo que los Estados habían previsto para el momento en que convinieran en la aplicación provisional. Además, era necesario tener en cuenta a qué entrada en vigor del tratado se hacía referencia, es decir, a la entrada en vigor del tratado mismo o a su entrada en vigor para el propio Estado. Se observó que cuando un tratado multilateral entraba en vigor, la aplicación provisional terminaba solo para los Estados que hubieran ratificado el tratado o se hubieran adherido a él. Sin embargo, la aplicación

provisional continuaba respecto de cualquier Estado que no hubiera ratificado todavía el tratado ni se hubiera adherido a él, hasta el momento en que el tratado entrase en vigor para ese Estado. Se manifestó asimismo que el proyecto de directriz podría reconocer la posibilidad de fijar unas condiciones específicas para la terminación de la aplicación provisional.

279. Aunque algunos miembros pusieron en duda la necesidad de incluir el proyecto de directriz 6, otros expresaron su apoyo a esa disposición. Se señaló que el proyecto de directriz había omitido la cuestión de si la suspensión o la terminación unilaterales de la aplicación provisional, según el derecho de los tratados, eran ilícitas en virtud del derecho internacional, dando así lugar a la aplicación de las normas de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

3. Observaciones finales del Relator Especial

280. El Relator Especial indicó que, en su opinión, el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 era el punto de partida que había de adoptar la Comisión para el examen del tema. La Comisión podía más allá de ese artículo solo en la medida en que resultara útil determinar las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional. A su juicio, el principal beneficiario de la aplicación provisional era el tratado mismo, puesto que se aplicaba pese a no estar en vigor. Además, los Estados negociadores que pudieran ser partícipes en la aplicación provisional eran también posibles beneficiarios.

281. El Relator Especial observó que la opinión preponderante en el ámbito de la Comisión no se inclinaba a favor de que se realizase un estudio comparativo de la legislación interna aplicable a la aplicación provisional. Al mismo tiempo, recordó que seguía recibiendo de los Estados miembros información acerca de su práctica, que, invariablemente, incluía también información acerca de la posición predominante en su derecho interno respectivo. Sin embargo, ello no estaba en contradicción con su intención declarada de no llevar a cabo un análisis de derecho comparado, ya que centraba principalmente su atención en la práctica internacional de los Estados. Para disipar cualquier duda, podía aceptar que se eliminara la referencia al derecho interno en el proyecto de directriz 1 y que, en vez de ello, se examinara la cuestión en el comentario correspondiente.

282. El Relator Especial no estaba de acuerdo con la afirmación de que la aplicación provisional de un tratado también podía darse por terminada si no era seguro que el tratado entrase en vigor o si se hubiera aplicado provisionalmente durante un período prolongado. A su juicio, no era factible referirse a la terminación de la aplicación provisional del tratado únicamente sobre la base de lo imprevisible de su entrada en vigor. Además, el artículo 25 no imponía tal limitación a la terminación de la aplicación provisional.

283. El Relator Especial manifestó su intención de examinar la cuestión de la terminación de la aplicación provisional y su régimen jurídico en su próximo informe, junto con un estudio de otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 pertinentes para la aplicación provisional, entre otras los artículos 19, 46 y 60.

Capítulo XII

Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

284. En su 3248ª sesión, el 8 de mayo de 2015, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso³⁹⁶.

285. 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 noveno período de sesiones, titulada “Otras decisiones y conclusiones de la Comisión”, la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, y la resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

1. Inclusión de un nuevo tema en el programa de trabajo de la Comisión

286. En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Jus cogens*”, y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi.

2. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

287. En su primera sesión, celebrada el 11 de mayo de 2015, 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, bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae. En su tercera sesión, el 30 de julio de 2015, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe, en forma oral, sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el período de sesiones en curso.

3. Examen de la resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

288. La Asamblea General, en su resolución 69/123, de 10 de diciembre de 2014, 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 anualmente sobre las funciones que desempeña en la promoción del estado de derecho. La Comisión señala que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008 (A/63/10) siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores³⁹⁷.

³⁹⁶ El Grupo de Planificación estuvo integrado por: Sr. A. S. Wako (Presidente), Sr. L. Caflisch, Sr. P. Comissário Afonso, Sr. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sr. H. A. Hassouna, Sr. M. D. Hmoud, Sr. H. Huang, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. A. Laraba, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. B. H. Niehaus, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. P. Šturma, Sr. D. D. Tladi, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. M. Vázquez Bermúdez (*ex officio*).

³⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 231; *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párrs. 390 a 393; *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párrs. 392 a 398; *ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párrs. 274 a 279; *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones,*

289. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de su labor. El objeto de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su Estatuto, es la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

290. Teniendo presente en toda su labor 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 su propósito es promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

291. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, cuando proceda, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se refleja en el preámbulo y en 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 internacional³⁹⁸.

292. En su labor actual, la Comisión es consciente de “la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos)”³⁹⁹, sin hacer hincapié en uno a expensas del otro. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión es consciente de los retos actuales del estado de derecho.

293. En el curso de este período de sesiones, la Comisión ha seguido aportando su contribución al estado de derecho, en particular mediante su labor sobre los temas siguientes: “La protección de la atmósfera”, “Los crímenes de lesa humanidad”, “La identificación del derecho internacional consuetudinario”, “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, “La protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”, “La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, “La aplicación provisional de los tratados” y “La cláusula de la nación más favorecida”. Además, la Comisión ha designado un Relator Especial para el tema: “*Jus cogens*”.

294. La Comisión observa que la Asamblea General ha invitado a los Estados a que formulen comentarios en particular sobre “El papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción e impulso del estado de derecho”⁴⁰⁰. La Comisión desea recordar la labor de la Comisión sobre diferentes temas que, a partir de propuestas en relación con los artículos 16 y 23 de su Estatuto, han sido objeto de procesos de tratados multilaterales, como el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2001, el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, de 1994 y el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1994. La Comisión pone también de manifiesto su reciente labor sobre diferentes temas, entre los que cabe mencionar:

Suplemento núm. 10 (A/68/10), párrs. 171 a 179; e *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones*, *Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 273 a 280.

³⁹⁸ Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012 (“Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional”), documento *A/RES/67/1*, párr. 41.

³⁹⁹ Informe del Secretario General sobre la Evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos, *S/2013/341*, 11 de junio de 2013, párr. 70.

⁴⁰⁰ Resolución 69/123 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, párr. 20.

- El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, de 2001;
- El proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, de 2001;
- El proyecto de artículos sobre la protección diplomática, de 2006;
- El proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, de 2008;
- El proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, de 2011;
- El proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011;
- El proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, de 2014.

Asimismo, la Comisión recuerda la Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados (2011).

295. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Examen de los párrafos 10 a 13 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2014, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones

296. La Comisión tomó nota de los párrafos 10 a 13 de la resolución 69/118 de la Asamblea General, en la que la Asamblea acogió con beneplácito los esfuerzos realizados por la Comisión para mejorar sus métodos de trabajo y la alentó a que continuara con esa práctica; recordaba que la sede de la Comisión es la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra; observaba que la Comisión estaba considerando la posibilidad de celebrar parte de sus futuros períodos de sesiones en Nueva York; subrayaba, a ese fin, la importancia de que la Comisión tuviera en cuenta los gastos estimados y los factores administrativos, de organización y otros factores pertinentes, y la exhortaba a que deliberase a fondo sobre la viabilidad de celebrar parte de su 68° período de sesiones en Nueva York; y decidía, sin perjuicio del resultado de esas deliberaciones, volver a examinar en su septuagésimo período de sesiones la recomendación que figuraba en el párrafo 388 del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63^{er} período de sesiones.

297. La Comisión recordó que, en su 63^{er} período de sesiones, en el contexto del debate sobre su relación con la Sexta Comisión, había expresado el deseo de que se considerase la posibilidad de celebrar, cada quinquenio, la mitad de un período de sesiones en Nueva York a fin de facilitar el contacto directo entre la Comisión y los delegados de la Sexta Comisión. La Comisión también recordó que, en ocasiones anteriores, ya había celebrado períodos de sesiones fuera de su sede. En particular, la Comisión señaló que, como parte de las disposiciones generales relativas a la celebración de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, la primera parte de su 50° período de sesiones, del 20 de abril al 12 de junio de 1998, tuvo lugar en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, y la segunda parte, del 27 de julio al 14 de agosto de 1998, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

298. La Comisión examinó la viabilidad de que la Comisión celebrara parte de su 68° período de sesiones en Nueva York, basándose en la información proporcionada por la Secretaría en relación con los gastos estimados y los factores administrativos,

de organización y otros factores pertinentes, incluido el volumen de trabajo previsto en el último año del presente quinquenio. Teniendo en cuenta todos los factores que tenía ante sí, la Comisión llegó a la conclusión de que no sería factible que la Comisión celebrara parte de su 68º período de sesiones en Nueva York sin causar excesivas perturbaciones. No obstante, afirmó su deseo de que se estudiase la posibilidad de celebrar en Nueva York la mitad de un período de sesiones en el próximo quinquenio. Esa posibilidad debía preverse con antelación en la planificación de los futuros períodos de sesiones de la Comisión para el quinquenio siguiente. En ese sentido, la Comisión señaló que dicha celebración, teniendo en cuenta los gastos estimados y los factores administrativos, de organización y otros factores pertinentes, cabría preverse en la primera parte de un período de sesiones, ya fuera en el primer año (2017) o en el segundo año (2018) del próximo quinquenio. Basándose en la información de que dispone, la Comisión recomienda que se proceda con la labor preparatoria y las provisiones partiendo de la base de que la primera parte de su 70º período de sesiones (2018) se celebraría en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York. Así pues, la Comisión pidió a la Secretaría que procediera a adoptar las disposiciones necesarias a tal efecto, a fin de facilitar la adopción de la decisión correspondiente por la Comisión en su 68º período de sesiones, en 2016.

5. Honorarios

299. La Comisión reitera su opinión, expresada en informes anteriores de la Comisión⁴⁰¹, sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación por la Asamblea General de su resolución 56/272, 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.

6. Documentación y publicaciones

300. La Comisión reiteró su reconocimiento de la especial relevancia y el notable valor que tienen para la labor de la Comisión las publicaciones jurídicas preparadas por la Secretaría⁴⁰². Recordó que la División de Codificación había logrado agilizar de manera significativa la publicación de sus obras gracias a su iniciativa de maquetación electrónica, de resultados muy satisfactorios, con la que se había mejorado enormemente la publicación oportuna y la relevancia de esas publicaciones para la labor de la Comisión durante más de un decenio. La Comisión lamentó una vez más la reducción y la posible suspensión de esta iniciativa debido a la falta de recursos y que, por ello, no se distribuyeran nuevas publicaciones jurídicas en este período de sesiones. Reiteró que consideraba que la continuidad de esa iniciativa era esencial para la publicación oportuna de esas publicaciones jurídicas, en particular

⁴⁰¹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/57/10)*, párrs. 525 a 531; *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/58/10)*, párr. 447; *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/59/10)*, párr. 369; *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/60/10)*, párr. 501; *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 269; *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 379; *ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10)*, párr. 358; *ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 240; *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párr. 396; *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 399; *ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 280; *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 181; e *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 281.

⁴⁰² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párrs. 387 a 395. Véase también *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 185.

La Comisión de Derecho Internacional y su obra en los distintos idiomas oficiales. La Comisión insistió nuevamente en la especial importancia y el gran valor que tenían para su labor las publicaciones jurídicas preparadas por la División de Codificación, y reiteró su petición de que esta le siguiera facilitando esas publicaciones.

301. La Comisión reiteró su satisfacción por que las actas resumidas de la Comisión, que constituían trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no fueran a ser objeto de restricciones arbitrarias de su longitud. La Comisión observó con satisfacción que las medidas experimentales para racionalizar la preparación de las actas resumidas de la Comisión implantadas en el período de sesiones de 2013 habían dado lugar a una remisión más expeditiva de las actas provisionales a los miembros de la Comisión para que realizaran los cambios que procedieran y a la pronta publicación. La Comisión también celebró el hecho de que los nuevos métodos de trabajo hubieran permitido una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas, sin poner en peligro su integridad.

302. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de los documentos, tanto en Ginebra como en Nueva York, por la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados, lo cual había contribuido a que la Comisión llevara a cabo su labor sin trabas.

303. La Comisión manifestó su reconocimiento 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.

7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

304. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para entender la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como en relación con el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 69/118, expresó su reconocimiento a los gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al Fondo.

305. La Comisión recomienda que la Asamblea General, en su resolución 69/118, exprese su satisfacción por los notables avances logrados en los últimos años en la eliminación del retraso en la publicación del *Anuario* en los seis idiomas oficiales y acoja con beneplácito los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias, especialmente la Sección de Edición de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, para dar cumplimiento de manera efectiva a las resoluciones de la Asamblea General en que se insta a reducir el retraso; y que aliente a la División de Gestión de Conferencias a que siga prestando todo apoyo necesario a la Sección de Edición para avanzar con el *Anuario*.

8. *Asistencia de la División de Codificación*

306. 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, en particular, por la continua asistencia a los Relatores Especiales y en la preparación de estudios de investigación detallados sobre aspectos relacionados con los temas que están siendo examinados, con arreglo a las solicitudes de la Comisión.

9. Sitios web

307. La Comisión manifestó su profundo reconocimiento a la Secretaría por el establecimiento de un nuevo sitio web de la Comisión y la alentó a que siguiera actualizándolo y gestionándolo⁴⁰³. Reiteró que ese y otros sitios web gestionados por la División de Codificación⁴⁰⁴ constituían un recurso inestimable para la Comisión así como para el círculo más amplio de especialistas que investigaban sobre la labor de la Comisión, 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 celebró que en el sitio web sobre la labor de la Comisión figurase información sobre el estado actual de los temas del programa de la Comisión, así como versiones preliminares editadas de las actas resumidas de la Comisión. También expresó su agradecimiento a la Secretaría por haber concluido con éxito la digitalización y publicación en el sitio web de los *Anuarios* de la Comisión en ruso.

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

308. La Comisión observó con reconocimiento el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas para promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluida la Comisión de Derecho Internacional.

B. Fecha y lugar del 68º período de sesiones de la Comisión

309. La Comisión recomienda que el 68º período de sesiones de la Comisión se celebre en Ginebra del 2 de mayo al 10 de junio y del 4 de julio al 12 de agosto de 2016.

C. Homenaje al Secretario de la Comisión

310. En su 3263ª sesión, celebrada el 5 de junio de 2015, la Comisión rindió homenaje al Sr. George Korontzis, que había desempeñado de manera notable el cargo de Secretario de la Comisión desde 2013, y que se jubiló durante el período de sesiones en curso. Expresó su agradecimiento por la destacada contribución del Sr. Korontzis a la labor de la Comisión y a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional; reconoció con aprecio su profesionalidad, dedicación al servicio público y compromiso con el derecho internacional; y le expresó sus mejores deseos para el futuro.

D. Cooperación con otros órganos

311. En la 3274ª sesión, celebrada el 22 de julio de 2015, el Magistrado Ronny Abraham, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las recientes actividades judiciales de la Corte⁴⁰⁵. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

312. La Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO) estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, el Sr. Rahmat Mohamad, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3250ª sesión, celebrada el 13 de mayo de 2015⁴⁰⁶. El orador informó a la Comisión

⁴⁰³ En <http://legal.un.org/ilc>.

⁴⁰⁴ Puede consultarse en: <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

⁴⁰⁵ La declaración se recoge en el acta resumida de esa sesión.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

sobre las actividades que estaba realizando la AALCO y ofreció una visión general de las deliberaciones de la Organización en su 54º período de sesiones anual, celebrado en Beijing del 13 al 17 de abril de 2015, que se centró, entre otras cosas, en cuatro temas del programa de trabajo de la Comisión, a saber, “Identificación del derecho internacional consuetudinario”; “Expulsión de extranjeros”; “Protección de la atmósfera”; e “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

313. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por su Vicepresidente, el Sr. Carlos Mata Prates, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3265ª sesión, celebrada el 7 de julio de 2015⁴⁰⁷. El orador presentó un panorama general de las actividades del Comité en 2014/2015 sobre diversas cuestiones jurídicas de las que se ocupaba el Comité. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

314. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por el Presidente del CAHDI, Sr. Paul Rietjens, y la Jefa de la División de Derecho Internacional Público y la Oficina de Tratados del Consejo de Europa, Sra. Marta Requena, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3268ª sesión, celebrada el 10 de julio de 2015⁴⁰⁸. Los oradores centraron sus intervenciones en las actividades actuales del CAHDI en el ámbito del derecho internacional público, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

315. La Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por el Magistrado Solo Kholisani y el Sr. Ebenezer Appreku, miembros de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, así como por el Sr. Mourad Ben-Dhiab, Secretario de dicha Comisión. El Magistrado Solo Kholisani y el Sr. Ebenezer Appreku hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3276ª sesión, celebrada el 23 de julio de 2015⁴⁰⁹. Presentaron un panorama general de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

316. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Sr. Zeid Ra’ad Al-Husseini, hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3272ª sesión, celebrada el 21 de julio de 2015⁴¹⁰. El orador expuso un panorama general de las actividades de su Oficina y algunas de sus inquietudes en el ámbito de los derechos humanos y formuló observaciones sobre varios de los temas del programa de trabajo de la Comisión, a saber, los “Crímenes de lesa humanidad” y la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

317. El 9 de julio de 2015 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. Hubo exposiciones sobre los preparativos de la 32ª Conferencia Internacional del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y acerca de la actualización de los comentarios del CICR sobre los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. También hubo exposiciones sobre temas del programa de trabajo de la Comisión, como “Los acuerdos ulteriores y la práctica

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*

ulterior en relación con la interpretación de los tratados” y los “Crímenes de lesa humanidad”⁴¹¹.

E. Representación en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General

318. La Comisión decidió que su Presidente, el Sr. Narinder Singh, la representase en el septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General.

F. Seminario de Derecho Internacional

319. De conformidad con la resolución 69/118 de la Asamblea General, el 51^{er} período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones, del 6 al 24 de julio de 2015, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, así como a jóvenes profesores o funcionarios cuyo propósito es hacer carrera en el mundo académico, diplomático o funcional.

320. Asistieron al período de sesiones 24 participantes de diferentes nacionalidades procedentes de todas las regiones del mundo⁴¹². 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.

321. Declaró abierto el Seminario el Presidente de la Comisión, Sr. Narinder Singh. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra (ONUG), se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario. La coordinación científica 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. Cédric Apercé y la Sra. Yusra Suedi, asistentes jurídicos, y de la Sra. Cami Schwab, pasante de la Oficina de Enlace Jurídico de la ONUG.

322. 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. Dire Tladi: “*Jus cogens*”; Sr. Pavel Šturma: “La sucesión de

⁴¹¹ Formularon declaraciones la Sra. Christine Beerli, Vicepresidenta del CICR, y el Sr. Narinder Singh, Presidente de la Comisión. Realizaron exposiciones el Sr. Georg Nolte, sobre “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”; el Sr. Sean D. Murphy, sobre los “Crímenes de lesa humanidad”; el Dr. Knut Doermann, Oficial Jurídico Principal y Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del CICR, sobre los “Preparativos de la 32ª Conferencia Internacional del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”; y el Dr. Jean-Marie Henckaerts, Jefe del Proyecto de Actualización de los Comentarios del CICR, acerca de la “Actualización de los comentarios del CICR sobre los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales”.

⁴¹² Participaron en el Seminario las personas siguientes: Sra. Kakanang Amaranand (Tailandia), Sr. Hamedi Camara (Mauritania), Eleen A. Cañas Vargas (Costa Rica), Francis W. Changara (Zimbabue), Namgay Dorji (Bhután), Fatoumata P. Doumbouya (Guinea), Pilar Eugenio (Argentina), Soaad Hossam (Egipto), Gedeon Jean (Haití), Akino Kowashi (Japón), Gift Kweka (Tanzanía), Lucia Leontiev (Moldova), Matilda Mendy (Gambia), Momchil Milanov (Bulgaria), Quyen T. H. Nguyen (Viet Nam), Elinathan Ohiomoba (Estados Unidos de América), Francisco J. Pascual Vives (España), Ye Joon Rim (República de Corea), Matteo Sarzo (Italia), Cornelius V. N. Scholtz (Sudáfrica), Darcel G. Smith-Williamson (Bahamas), Luka M. Tomazic (Eslovenia), Shuxi Yin (China), Franz J. Zubieta (Bolivia (Estado Plurinacional de)). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Makane Moïse Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, se reunió el 7 de abril de 2015 y seleccionó a 25 candidatos de entre 102 solicitudes. Uno de los candidatos seleccionados no pudo asistir al Seminario.

Estados en relación con la responsabilidad de los Estados”; Sra. Concepción Escobar Hernández: “Inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado”; Sr. Shinya Murase: “Protección de la atmósfera”; Sr. Georg Nolte: “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”; Sr. Michael Wood: “Identificación del derecho internacional consuetudinario”; Sra. Marie Jacobsson: “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”; y Sr. Sean D. Murphy: “Crímenes de lesa humanidad”.

323. Los participantes en el Seminario asistieron a seis sesiones extramuros. Asistieron a un taller organizado por la Universidad de Ginebra, en colaboración con el Geneva Water Hub, sobre el tema “Derecho internacional del agua: problemas de aplicación”. Intervinieron los siguientes oradores: Sra. Danae Azaria (profesora del University College de Londres), Profesora Laurence Boisson de Chazournes (Universidad de Ginebra), Sr. Lucius Cafilisch (miembro de la Comisión de Derecho Internacional), Sr. Maurice Kamto (miembro de la Comisión de Derecho Internacional), Profesor Attila Tanzi (Universidad de Bolonia (Italia)), Sra. Christina Leb (Banco Mundial), Profesor Marco Sassòli (Universidad de Ginebra) y Sra. Mara Tignino (Universidad de Ginebra). Al término del taller hubo una recepción ofrecida por el Geneva Water Hub. Se celebró una sesión extraordinaria sobre los “Tribunales Administrativos Internacionales” en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dirigida por el Sr. Drazen Petrovic, Secretario del Tribunal Administrativo de la OIT. Los participantes en el seminario también asistieron a una ponencia sobre el “Derecho internacional de los refugiados” a cargo del Sr. Cornelis Wouters, Asesor Jurídico Superior de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Asistieron además a la Conferencia anual Lalive por invitación del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo. La Conferencia fue pronunciada por el Sr. Sean D. Murphy y versó sobre el tema: “Una marea ascendente: la solución de controversias en el derecho del mar”. Asimismo, el Sr. Nikos Volanis, Oficial Jurídico de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), ofreció una sesión de información en la UIT, seguida de una visita al Museo de la Organización. Por último, se organizó una sesión extraordinaria en la Organización Mundial de la Salud, donde el Sr. Steven A. Solomon, Oficial Jurídico Principal, y el Sr. Jakob Quirin, Oficial Jurídico Auxiliar, presentaron ponencias sobre el tema: “El derecho internacional y la salud”.

324. En el Seminario se organizaron dos grupos de trabajo sobre “*Jus cogens*” y “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad de los Estados”. Cada uno de los participantes en el Seminario fue asignado a uno de los grupos. Dos miembros de la Comisión, el Sr. Dire Tladi y el Sr. Pavel Sturma, supervisaron y ofrecieron orientación a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones durante la última sesión de trabajo del Seminario. Los informes fueron compilados y se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

325. La República y Cantón de Ginebra ofreció su tradicional recepción en el Ayuntamiento de Ginebra, donde los participantes en el Seminario visitaron la Sala Alabama y asistieron a un cóctel.

326. El Representante Permanente del Reino Unido ante las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Ginebra invitó a los participantes en el Seminario a una recepción en la residencia.

327. El Sr. Narinder Singh, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, el Sr. Markus Schmidt, Director del Seminario de Derecho Internacional, y el Sr. Momchil Milanov, en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura de este. Todos los participantes recibieron un certificado de asistencia.

328. La Comisión observó con especial reconocimiento que, desde 2013, los Gobiernos de la Argentina, Austria, China, Finlandia, la India, Irlanda, México, el Reino Unido, Suecia y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. El Circolo di diritto internazionale (CIDIR), una asociación privada para la promoción del derecho internacional con sede en Roma (Italia), también contribuyó al Seminario. Aunque la crisis financiera de los últimos años había afectado gravemente a los recursos financieros del Seminario, se concedió con cargo al Fondo Fiduciario un número suficiente de becas a candidatos de mérito, en especial procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. Este año se concedieron 14 becas (9 de viaje y manutención, 3 de manutención exclusivamente y 2 de viaje exclusivamente).

329. Desde 1965, año en el que se empezó a celebrar, han asistido al Seminario 1.163 participantes de 171 nacionalidades. De ellos, 713 han recibido beca.

330. 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 que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que aporten contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2016 cuente con la más amplia participación posible.

Anexo

Informe final

Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>
Introducción	1–2
Primera parte – Antecedentes	3–33
A. Origen y propósito de la labor del Grupo de Estudio	4–9
B. El proyecto de artículos de 1978	10–19
1. Orígenes	10–12
2. Disposiciones fundamentales	13–18
3. La decisión de la Asamblea General sobre el proyecto de artículos de 1978	19
C. Acontecimientos posteriores	20–23
D. El análisis de las disposiciones NMF por otros órganos	24–33
1. UNCTAD	25–27
2. OCDE	28–33
Segunda parte – Pertinencia actual de las cláusulas NMF y cuestiones relacionadas con su interpretación	34–140
A. Elementos clave de las cláusulas NMF	35–40
1. El fundamento del trato NMF	37–40
B. La práctica actual en relación con las cláusulas NMF	41–66
1. Las cláusulas NMF en el GATT y la OMC	41–52
2. El trato NMF en otros acuerdos de comercio	53–54
3. El trato NMF en los tratados de inversión	55–66
C. Cuestiones interpretativas relacionadas con las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión	67–140
1. ¿Quién tiene derecho a beneficiarse de una disposición NMF?	69–73
2. ¿Qué constituye un trato “no menos favorable”?	74–78
3. ¿Cuál es el alcance del trato que debe otorgarse con arreglo a una cláusula NMF?	79–140
a) <i>La cláusula NMF y los aspectos procesales: orígenes de la cuestión</i>	82–90
b) <i>La interpretación posterior de las cláusulas NMF en relación con las cuestiones procesales por los tribunales para asuntos de inversiones</i>	91–140
i) <i>La distinción entre obligaciones sustantivas y procesales</i>	93–99
ii) <i>La interpretación de las disposiciones NMF como cuestión jurisdiccional</i>	100–114
1. Norma para la interpretación de las cuestiones jurisdiccionales	101–103

2.	Solución de controversias y jurisdicción	104–114
iii)	<i>La intención específica de otras disposiciones de los tratados</i>	115–118
iv)	<i>La práctica de las partes</i>	119–122
v)	<i>El momento relevante para determinar la intención de las partes</i>	123
vi)	<i>El contenido de la disposición que se pretende modificar invocando una disposición NMF</i>	124–134
vii)	<i>Uniformidad en la toma de decisiones</i>	135–136
viii)	<i>La definición de trato “no menos favorable”</i>	137–139
ix)	<i>La existencia de excepciones de políticas</i>	140
Tercera parte –	Consideraciones a la hora de interpretar las cláusulas NMF	141–160
A.	Consideraciones de políticas relacionadas con la interpretación de los acuerdos de inversión	141–149
1.	Asimetría en las negociaciones de un tratado bilateral de inversión	141–144
2.	La especificidad de cada tratado	145–149
B.	El arbitraje en la solución de controversias en materia de inversiones como “arbitraje mixto”	150–157
C.	La relevancia contemporánea del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF	158–160
Cuarta parte –	Guías para la interpretación de las cláusulas NMF	161–211
A.	Las disposiciones NMF son susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión	162–163
B.	Las condiciones relativas a la solución de controversias y la jurisdicción de un tribunal	164–173
C.	Factores relevantes para determinar si una disposición NMF es aplicable a las condiciones para invocar la solución de controversias	174–193
1.	El principio de contemporaneidad	176–178
2.	La relevancia de los trabajos preparatorios	179
3.	La práctica convencional de las partes	180–183
4.	El significado del contexto	184–188
a)	<i>El equilibrio entre disposiciones específicas y generales</i>	186–187
b)	<i>El principio expressio unius</i>	188
5.	La relevancia del contenido de la disposición que se pretende sustituir	189–190
6.	La interpretación de la disposición que se pretende incluir	191–193
D.	Consecuencias de varios modelos de cláusulas NMF	194–211
1.	Cláusulas en acuerdos vigentes en el momento de la decisión sobre el caso <i>Maffezini</i>	195–202
2.	Cláusulas en acuerdos celebrados después de la decisión sobre el caso <i>Maffezini</i>	203–211
Quinta parte –	Resumen de las conclusiones	212–217

Introducción

1. El presente informe expone la labor del Grupo de Estudio establecido por la Comisión para examinar cuestiones actuales relacionadas con la cláusula de la nación más favorecida (NMF). La Comisión estudió el tema de la cláusula NMF entre 1967 y 1978, pero el proyecto de artículos que se preparó no culminó en la elaboración de un tratado multilateral en la materia. Desde entonces, la cláusula NMF se ha convertido en un concepto básico de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y se ha incluido en innumerables acuerdos bilaterales y regionales de inversión. En particular, han surgido discrepancias en el contexto de los acuerdos bilaterales de inversión con respecto a la ampliación de la cláusula NMF de las obligaciones sustantivas a las disposiciones relativas a la solución de controversias. En el informe se examinan esos hechos y se formulan algunos comentarios sobre la interpretación de las disposiciones NMF¹.

2. Al examinar el presente tema, el Grupo de Estudio trató de determinar si podría obtener un resultado de utilidad práctica en lo referente tanto a la inclusión de cláusulas NMF en los tratados como a la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF en las decisiones de los tribunales y otras instancias. El Grupo de Estudio valoró si sería útil revisar el proyecto de artículos de 1978 o elaborar un nuevo proyecto de artículos, y llegó a la conclusión de que no lo sería². Aunque el Grupo de Estudio se centró en particular en las cláusulas NMF en el contexto de los acuerdos de inversión, también trató de examinar las cláusulas NMF en un contexto más general. Las conclusiones del Grupo de Estudio figuran en los párrafos 212 a 217 *infra*.

Primera parte Antecedentes

3. En esta parte se reseñan los antecedentes de la labor del Grupo de Estudio y se describen los trabajos anteriores de la Comisión en relación con las cláusulas NMF. A continuación, se examina la evolución del uso de las cláusulas NMF desde 1978.

A. Origen y propósito de la labor del Grupo de Estudio

4. En 1978, la Comisión aprobó el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida (NMF)³. La Asamblea General no adoptó medidas para celebrar una conferencia al objeto de convertir ese proyecto de artículos en una convención. En 2006, en el 58º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo debatió si el tema de la cláusula NMF debía volver a examinarse. El asunto fue estudiado por un grupo de trabajo oficioso de la Comisión en su 59º período de sesiones (2007), y, en su 60º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir el tema de la cláusula de la nación más favorecida en el programa de trabajo a largo plazo. En ese mismo período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo en curso y establecer un grupo de estudio en su 61º período de sesiones, copresidido por

¹ En el presente informe se emplean indistintamente los términos “cláusula NMF” y “disposición NMF”.

² Algunos miembros del Grupo de Estudio consideraron que convenía revisar el proyecto de artículos de 1978.

³ *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), págs. 17 a 72.

el Sr. Donald McRae y el Sr. Rohan Perera⁴. Desde 2012, el Grupo de Estudio ha estado presidido por el Sr. McRae y, en su ausencia, por el Sr. Mathias Forteau.

5. Cuando decidió que se examinara de nuevo la cuestión de la cláusula NMF, la Comisión se vio influida por la evolución de los acontecimientos desde 1978, incluida la ampliación de la aplicación de la cláusula NMF en el contexto de la OMC, la inclusión generalizada de las disposiciones NMF en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y de disposiciones relativas a las inversiones en los acuerdos de integración económica regionales, así como por las dificultades específicas surgidas en la interpretación y aplicación de las disposiciones NMF en los tratados de inversión.

6. El Grupo de Estudio celebró 24 reuniones entre 2009 y 2015. Aprobó un esquema para que sirviera de guía de los trabajos futuros, a la luz de las cuestiones puestas de relieve en la sinopsis del tema⁵. Su labor se basó en los documentos de trabajo oficiosos y otros documentos oficiosos que fueron preparados por diversos miembros de la Comisión a fin de contribuir a la misión del Grupo de Estudio⁶.

7. Durante el examen del tema, los Estados presentes en la Sexta Comisión formularon observaciones a la Comisión sobre la labor del Grupo de Estudio. Aunque algunos Estados se mostraron reticentes a que la Comisión de Derecho Internacional examinara el tema⁷, la opinión general fue que la Comisión podía contribuir con su labor a esa esfera. La Comisión tenía que respetar el hecho de que las disposiciones

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10)*, párrs. 351 y 352. Véase también *ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párrs. 211 a 216; *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párrs. 359 a 373; *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párrs. 349 a 363.

⁵ *Ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 216.

⁶ El Grupo de Estudio examinó documentos de trabajo sobre los temas siguientes: a) La revisión del proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida (Sr. Shinya Murase); b) La cláusula NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Sr. D. M. McRae); c) La cláusula NMF y el caso *Maffezini* (Sr. A. R. Perera); d) La labor de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en relación con la cláusula NMF (Sr. M. D. Hmoud); e) La labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en relación con la cláusula NMF (Sr. S. C. Vasciannie); f) La interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones (Sr. D. M. McRae); g) La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones (Sr. D. M. McRae) (este documento de trabajo es una versión reestructurada del documento de trabajo sobre la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones); h) 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); i) Tratados bilaterales de inversiones y tribunales mixtos: carácter jurídico de los arreglos de controversias en materia de inversiones (Sr. S. Murase); y j) Estudio sobre la formulación de las cláusulas NMF y la jurisprudencia relacionada con el caso *Maffezini* (Sr. M. D. Hmoud). El Grupo de Estudio también tuvo ante sí: a) el Catálogo de disposiciones NMF (Sr. D. M. McRae y Sr. A. R. Perera); b) un documento oficioso, en forma de cuadro, en el que figuraban decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, acompañadas del tipo de disposición NMF que se estaba interpretando; c) un documento de trabajo oficioso sobre modelos de cláusulas NMF posteriores al caso *Maffezini* en que se examinaban las diversas formas en que los Estados habían reaccionado a la decisión en el caso *Maffezini*; d) un documento de trabajo oficioso en el que se ofrecía una sinopsis de expresiones del tipo NMF utilizadas en acuerdos de sede, en los que se confería a los representantes de los Estados ante una organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozaban los diplomáticos en el Estado anfitrión; e) un documento de trabajo oficioso sobre las cláusulas NMF en los tratados diplomáticos; f) un documento de trabajo oficioso sobre los acuerdos de navegación y la cláusula NMF; y g) un documento de trabajo oficioso sobre “Los tratados bilaterales de imposición y la cláusula de la nación más favorecida”.

⁷ Véase, por ejemplo: [A/C.6/65/SR.25](#), párr. 75 (Portugal); [A/C.6/66/SR.27](#), párr. 49 (Irán (República Islámica del)); [A/C.6/67/SR.23](#), párr. 27 (Irán (República Islámica del)).

NMF revestían formas muy diversas y no cabía esperar uniformidad en su interpretación y aplicación⁸. En consonancia con la orientación general del Grupo de Estudio, muchos oradores estuvieron de acuerdo en que la Comisión no debía elaborar un nuevo proyecto de artículos ni tratar de revisar el proyecto de artículos de 1978⁹. En términos generales, se consideró que la Comisión debía identificar las tendencias existentes en la interpretación de las cláusulas NMF y proporcionar orientaciones a los responsables de la negociación de tratados, los encargados de la formulación de políticas y los profesionales de la esfera de las inversiones¹⁰.

8. El Grupo de Estudio decidió no tratar de posicionarse respecto de las opiniones divergentes de los tribunales para asuntos de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones de solución de controversias. La Comisión no tiene una función de autoridad en relación con las decisiones de los tribunales para asuntos de inversiones, y manifestar su acuerdo con un tribunal y su desacuerdo con otro solo contribuiría a que la intervención de la Comisión fuera una opinión más en un debate en curso.

9. En lugar de ello, el Grupo de Estudio consideró que sería útil ofrecer algunas explicaciones o puntualizaciones con respecto al enfoque seguido por la Comisión en 1978, en particular dada la incertidumbre sobre la manera en que se debían interpretar las cláusulas NMF. El Grupo de Estudio también entendió que sería útil profundizar en la aplicación de las normas de interpretación de los tratados a la interpretación de las disposiciones NMF.

B. El proyecto de artículos de 1978

1. Orígenes

10. El tema de la cláusula de la nación más favorecida se planteó por primera vez en 1964, cuando la Comisión examinaba la cuestión de “los tratados y los terceros Estados”¹¹, y, cuando la Comisión decidió incluirla en su programa de trabajo en 1967, el tema se tituló “La cláusula de la nación más favorecida en el derecho de los tratados”. Por tanto, se trataba de un tema relativo al derecho de los tratados¹².

11. Tradicionalmente, las cláusulas NMF figuraban en tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación, cuya principal función era regular diversos asuntos entre las partes, en general de carácter comercial¹³. Aunque los Relatores Especiales del proyecto de artículos de 1978 examinaron extensamente la manera en que se

⁸ Véase, por ejemplo: *A/C.6/64/SR.23*, párr. 52 (Estados Unidos de América); *A/C.6/64/SR.23*, párr. 31 (Japón); *A/C.6/65/SR.26*, párr. 17 (Estados Unidos de América); *A/C.6/66/SR.27*, párr. 94 (Estados Unidos de América); *A/C.6/67/SR.21*, párr. 103 (Estados Unidos de América).

⁹ Véase, por ejemplo: *A/C.6/64/SR.23*, párr. 52 (Estados Unidos de América); *A/C.6/65/SR.25*, párr. 82 (Reino Unido); *A/C.6/65/SR.26*, párr. 17 (Estados Unidos de América); *A/C.6/69/SR.25*, párr. 115 (Austria); *A/C.6/69/SR.26*, párr. 18 (Reino Unido); *A/C.6/69/SR.27*, párr. 26 (Estados Unidos de América).

¹⁰ Véase, por ejemplo: *A/C.6/64/SR.18*, párr. 66 (Hungría); *A/C.6/64/SR.22*, párr. 75 (Nueva Zelandia); *A/C.6/65/SR.26*, párr. 45 (Sri Lanka); *A/C.6/66/SR.27*, párr. 28 (Sri Lanka); *A/C.6/66/SR.27*, párr. 69 (Federación de Rusia); *A/C.6/66/SR.27*, párr. 78 (Portugal); *A/C.6/66/SR.27*, párr. 89 (Viet Nam); *A/C.6/66/SR.28*, párr. 21 (Canadá); *A/C.6/67/SR.20*, párr. 109 (Canadá); *A/C.6/69/SR.25*, párr. 21 (Viet Nam); *A/C.6/69/SR.26*, párr. 69 (Singapur); *A/C.6/69/SR.26*, párr. 73 (Australia); *A/C.6/69/SR.27*, párr. 76 (República de Corea).

¹¹ Naciones Unidas, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 7ª ed., vol. I (2009), núm. de venta: S.07.V.9 (ISBN 978-92-1-333385-3), pág. 199.

¹² *Ibid.*, pág. 200.

¹³ Shinya Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso* (Tokio: Yuhikaku, 2001), págs. 14 a 201 [en japonés]; Shinya Murase, “The Most-Favored-Nation Treatment in Japan’s Treaty Practice 1854-1905”, *American Journal of International Law*, vol. 70 (1976), págs. 273 a 297.

habían aplicado las cláusulas NMF en los tribunales nacionales, en los tratados y en las decisiones de los tribunales internacionales, el proyecto de artículos de 1978 se centró, en general, en la función tradicional de las cláusulas NMF en los tratados bilaterales de comercio.

12. Así pues, si bien hoy día suele considerarse que la función básica de una cláusula NMF es la extensión automática e incondicional de beneficios, el proyecto de artículos de 1978 contiene disposiciones detalladas y extensas sobre la “condición de contraprestación” y la “condición de trato recíproco”, reflejando quizá cierta preocupación por la situación de los países de comercio de Estado que no estuvieron a favor del funcionamiento completamente automático de las cláusulas NMF. Además, hubo controversia con respecto a la manera de tratar cuestiones como las uniones aduaneras y las preferencias para los países en desarrollo.

2. Disposiciones fundamentales

13. Aunque el proyecto de artículos de 1978 abordó cuestiones muy diversas, algunas de las cuales parecen haber sido superadas por los acontecimientos posteriores, estableció los elementos básicos de las disposiciones NMF y proporcionó orientaciones para su aplicación que son fundamentales para el funcionamiento de las cláusulas NMF en la actualidad. La definición de la cláusula NMF era la siguiente:

“trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado o a personas o cosas que se hallan en la misma relación con ese tercer Estado.”¹⁴

Si bien esa definición ha sido tachada de oscura¹⁵, ciertamente contiene los elementos fundamentales de una cláusula NMF, y las disposiciones subsiguientes del proyecto de artículos ahondan en el tema.

14. En particular, el proyecto de artículos deja claro que el trato NMF no es una excepción a la regla general de los efectos de los tratados respecto de terceros Estados¹⁶. El derecho al trato NMF se basa en que el tratado que contiene la cláusula NMF es el tratado básico que establece el vínculo jurídico entre el Estado concedente y el Estado beneficiario. En otras palabras, el derecho del Estado beneficiario al trato NMF solo dimana de la cláusula NMF en un tratado celebrado entre el Estado concedente y el Estado beneficiario, y no de un tratado celebrado entre el Estado concedente y el tercer Estado. Por tanto, no se crea *jus tertii*. En ese sentido, la Comisión estaba dando efecto a lo que ya había establecido la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Anglo-Iranian Oil Co.*¹⁷.

15. En el proyecto de artículos también figura una afirmación importante sobre el principio *ejusdem generis* en su aplicación a las cláusulas NMF. Al hacerlo, la

¹⁴ Véase, por ejemplo, el proyecto de artículo 5 del proyecto de artículos de 1978, *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), pág. 22.

¹⁵ Esa dificultad se señaló en las observaciones de Luxemburgo sobre el proyecto de artículos en primera lectura, en las que se decía: “Hay que interrogarse en efecto respecto del alcance de la fórmula, [...] refiriéndose a ‘personas’ o ‘cosas’ que se hallan en una ‘determinada relación’ con un Estado dado. Si la situación puede parecer clara con respecto a las personas físicas, lo es mucho menos en cuanto a las empresas económicas, personificadas o no personificadas. En cuanto a las cosas, ¿se trata solamente de objetos materiales, o también de valores inmateriales tales como prestaciones de servicios o derechos de propiedad comercial, industrial o intelectual? En fin, ¿qué debe entenderse por ‘determinada relación’ con un Estado, especialmente en el caso de empresas económicas o de objetos inmateriales?”. *Ibid.*, pág. 163.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 25 y 26 (proyectos de artículo 7 y 8).

¹⁷ *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)* (Excepción preliminar), fallo *I.C.J. Reports* 1952, págs. 109 y 110.

Comisión se basó en gran medida en la práctica y la jurisprudencia relativas al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) con respecto a la noción de “productos similares”. La Comisión se refiere al principio *ejusdem generis* en dos ocasiones. En primer lugar, el artículo 9, párrafo 1, dispone lo siguiente:

“En virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquirirá, para sí o en beneficio de personas o cosas que se hallen en determinada relación con él, solo aquellos derechos que estén comprendidos dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula.”

En segundo lugar, el artículo 10, párrafo 1, establece lo siguiente:

“En virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquirirá el derecho al trato de la nación más favorecida solo si el Estado concedente confiere a un tercer Estado un trato comprendido dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula.”

16. Los artículos 9 y 10 también dejan claro que cuando el beneficio se adquiere respecto de personas o cosas que se hallen en una determinada relación con el Estado beneficiario, estas deberán pertenecer a la misma categoría y tener la misma relación con el Estado beneficiario que las personas o cosas que se hallan en una determinada relación con el tercer Estado¹⁸.

17. El proyecto de artículos de 1978 también abordó la aplicación de las cláusulas NMF condicionadas a la obtención de una contraprestación o de beneficios recíprocos. Además, estableció normas específicas relativas al trato NMF y los Estados en desarrollo, el tráfico fronterizo y los Estados sin litoral.

18. Las disposiciones relativas a los países en desarrollo resultaron ser uno de los motivos por los que la labor de la Comisión no pasó de ser un proyecto de artículos. Para algunos, las disposiciones iban más allá de lo aceptado en el derecho internacional consuetudinario¹⁹ y, para otros, no se ajustaban a los cambios que se estaban produciendo en otros contextos, en particular en el del GATT²⁰. En opinión de varios Estados, el proyecto de artículos no hacía lo suficiente para proteger los intereses de los países en desarrollo²¹. Otros consideraban que el proyecto de artículo 24, relativo a los acuerdos entre países en desarrollo, era demasiado restrictivo²² o requería más aclaraciones²³. Del mismo modo, el hecho de que el proyecto de artículos no tuviera en cuenta la complejidad de la relación entre el trato NMF en el marco de los acuerdos bilaterales y el trato NMF en el marco de los acuerdos multilaterales provocó descontento con el proyecto de artículos²⁴. En particular, muchos Estados se mostraron reticentes a que el proyecto de artículos se convirtiera en una convención vinculante sin una disposición específica que eximiera

¹⁸ *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), pág. 28 (véase, en especial, el proyecto de artículo 10, párr. 2).

¹⁹ *A/C.6/33/SR.37*, párr. 52 (Canadá).

²⁰ *A/C.6/33/SR.46*, párr. 2 (Dinamarca); *A/C.6/33/SR.37*, párr. 11 (Reino Unido).

²¹ *A/C.6/33/SR.37*, párr. 24 (Liberia); *A/C.6/33/SR.41*, párr. 43 (Ecuador); *A/C.6/33/SR.43*, párr. 23 (Ghana); *A/C.6/33/SR.45*, párrs. 21 a 26 (Swazilandia). La Comunidad Económica Europea consideraba que el proyecto de artículos debía haber abordado de manera explícita las relaciones entre Estados en situaciones económicas diferentes: *A/C.6/33/SR.32*, párrs. 6 y 7, y 16 y 17 (CEE). Véase también *A/C.6/33/SR.39*, párr. 24 (Bélgica).

²² *A/C.6/33/SR.32*, párr. 20 (Jamaica); *A/C.6/33/SR.42*, párr. 30 (Bangladesh).

²³ *A/C.6/33/SR.37*, párr. 42 (Chile); *A/C.6/33/SR.43*, párr. 39 (Guyana). Varios Estados pidieron que se estableciera una definición jurídica mejor de Estados “desarrollados” y “en desarrollo”:

A/C.6/33/SR.39, párr. 27 (Bélgica); *A/C.6/33/SR.40*, párr. 5 (Estados Unidos de América).

²⁴ *A/C.6/33/SR.33*, párr. 28 (República Federal de Alemania); *A/C.6/33/SR.37*, párr. 33 (Rumania); *A/C.6/33/SR.40*, párr. 63 (Siria); *A/C.6/33/SR.41*, párr. 60 (Jamahiriya Árabe Libia). Italia lamentó que el alcance del proyecto de artículos no incluyera a los órganos supranacionales: *A/C.6/33/SR.44*, párr. 9 (Italia).

a las uniones aduaneras²⁵. A algunos Estados les preocupaba que el proyecto de artículos impidiera a los Estados sumarse a procesos de integración regional²⁶.

3. La decisión de la Asamblea General sobre el proyecto de artículos de 1978

19. Tras invitar a los gobiernos a que formularan observaciones sobre el proyecto de artículos entre 1978 y 1988, la Asamblea General concluyó el examen del tema y decidió

“[s]eñalar a la atención de los Estados Miembros y las organizaciones intergubernamentales interesadas el proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida que figuraba en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30º período de sesiones para que lo tuvieran en cuenta en los casos y en la medida en que estimasen necesario.”²⁷

C. Acontecimientos posteriores

20. Las circunstancias existentes cuando la Comisión abordó la cláusula NMF en sus informes y en el proyecto de artículos de 1978 han cambiado de manera significativa. Se ha restringido la utilización del trato NMF a la esfera económica, pero, al mismo tiempo, se ha ampliado el alcance del trato NMF en dicha esfera. Los Relatores Especiales del proyecto de artículos de 1978 abordaron muy diversos ámbitos en los que se aplicaban las cláusulas NMF, incluidos los derechos de navegación y las inmunidades diplomáticas. Hoy día, el principio NMF se aplica fundamentalmente en el ámbito del derecho económico internacional, en particular en relación con el comercio y las inversiones. En algunos casos, el trato NMF otorgado con arreglo a tratados bilaterales ha sido sustituido por convenciones multilaterales que establecen obligaciones de no discriminación más generales²⁸.

21. Hay otros ámbitos en que existen cláusulas de no discriminación semejantes a las disposiciones NMF, como los acuerdos de sede y los tratados fiscales, pero su utilización parece ser infrecuente y no ha dado lugar a controversias²⁹. En cambio, en

²⁵ [A/C.6/33/SR.31](#), párr. 5 (Países Bajos); [A/C.6/33/SR.33](#), párr. 2 (Dinamarca); [A/C.6/33/SR.36](#), párrs. 2 y 3 (Suecia); [A/C.6/33/SR.37](#), párr. 2 (Austria); [A/C.6/33/SR.37](#), párr. 10 (Reino Unido); [A/C.6/33/SR.39](#), párr. 10 (Grecia); [A/C.6/33/SR.39](#), párr. 25 (Bélgica); [A/C.6/33/SR.39](#), párr. 48 (Colombia); [A/C.6/33/SR.40](#), párr. 52 (Zambia); [A/C.6/33/SR.41](#), párr. 11 (Turquía); [A/C.6/33/SR.42](#), párr. 6 (Irlanda); [A/C.6/33/SR.42](#), párr. 39 (Nigeria); [A/C.6/33/SR.42](#), párr. 43 (Perú); [A/C.6/33/SR.43](#), párr. 11 (Venezuela); [A/C.6/33/SR.43](#), párr. 30 (Uruguay); [A/C.6/33/SR.44](#), párr. 13 (Italia); [A/C.6/33/SR.44](#), párr. 20 (Egipto); [A/C.6/33/SR.45](#), párr. 27 (Swazilandia); [A/C.6/33/SR.46](#), párr. 2 (resumen del Presidente de la Comisión de Derecho Internacional).

²⁶ [A/C.6/33/SR.32](#), párrs. 8 a 12 (Comunidad Económica Europea). Véase también [A/C.6/33/SR.31](#), párr. 4 (Países Bajos): “El defecto más flagrante del proyecto final era que seguía ignorando en gran medida la evolución actual de la cooperación económica regional y sus repercusiones en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida”.

²⁷ Asamblea General, decisión 46/416, de 9 de diciembre de 1991.

²⁸ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, hecha en Viena el 18 de abril de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 95, y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, hecha en Viena el 24 de abril de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, pág. 261.

²⁹ Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la Sede de las Naciones Unidas, hecho en Lake Success, Nueva York, el 26 de junio de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, núm. 147, pág. 11, art. V, secc. 15, párr. 4; Agreement Between the Government of Australia and the Government of the United Mexican States for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, hecho en Ciudad de México el 9 de septiembre de 2002, *Australian Treaty Series*, vol. 4 (2004); puede consultarse en: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>.

la esfera económica, el trato NMF ha ampliado su alcance y la frecuencia de su uso. El GATT, que consagró el trato NMF como principio fundamental del sistema multilateral de comercio, ha sido subsumido por la OMC, donde el trato NMF se ha aplicado tanto al comercio de servicios como a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Además, el trato NMF se ha convertido en un principio básico de los tratados bilaterales de inversión, una forma de tratado con poco recorrido práctico cuando se preparaba el proyecto de artículos de 1978. A pesar de que el primer tratado bilateral de inversión se suscribió a finales del decenio de 1950, al término de la Guerra Fría proliferaron esos acuerdos, así como el recurso a las disposiciones de solución de diferencias recogidas en ellos³⁰.

22. En efecto, los procesos de solución de diferencias de la OMC, así como los que existen para resolver las controversias sobre inversiones, han dado lugar a un conjunto de normas sobre la interpretación de las disposiciones NMF, sobre todo en las esferas del comercio y las inversiones. El artículo I del GATT, que recoge la cláusula NMF, ha sido invocado en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC y ha sido interpretado por el Órgano de Apelación de esa Organización. El trato NMF en el ámbito del comercio de servicios también se ha abordado en la solución de diferencias. Además, existe un corpus importante de casos en que los tribunales han tratado de interpretar el alcance y la aplicación de las disposiciones NMF en los tratados bilaterales de inversión con resultados opuestos y contradictorios.

23. En resumen, el contexto en que se aplica actualmente el trato NMF es muy diferente del contexto en que se aplicaban las disposiciones NMF cuando la Comisión examinó anteriormente el tema. Habida cuenta de ello, la Comisión consideró que podía ser útil retomar el tema.

D. El análisis de las disposiciones NMF por otros órganos

24. El Grupo de Estudio era consciente de que tanto la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) habían llevado a cabo una labor importante sobre las cláusulas NMF.

1. UNCTAD

25. La participación de la UNCTAD en la política de desarrollo internacional, en particular mediante la divulgación de información técnica sobre cuestiones relativas a las inversiones, viene de lejos. La UNCTAD se ha encargado de elaborar dos colecciones de publicaciones, una sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión y otra sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Más recientemente ha publicado una colección titulada “International Investment Agreements Issues Notes”, que incluye la publicación anual “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”. Los compendios de la UNCTAD de acuerdos internacionales de inversión —*International Investment Instruments: A Compendium*³¹ e *Investment Policy Hub*³²— son fuentes de gran utilidad para encontrar acuerdos internacionales de inversión.

26. Las cuestiones referentes a la nación más favorecida se abordan en el contexto de un examen más general de los acuerdos de inversión en muchas otras publicaciones

³⁰ Stephan W. Schill, “W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), págs. 875 a 908.

³¹ UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, UNCTAD/DITE/4 vol. XIII; puede consultarse en: <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>. Los volúmenes VI, VII, VIII, IX y X también pueden consultarse en formato electrónico.

³² UNCTAD, “Investment Policy Hub”; puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

de la UNCTAD. En particular, la reseña anual de la UNCTAD de casos de solución de controversias entre inversores y Estados, que forma parte de la serie de notas sobre cuestiones relativas a los acuerdos internacionales de inversión, ofrece un resumen de las decisiones adoptadas por los tribunales para asuntos de inversiones en el año anterior. Esos resúmenes incluyen las decisiones relativas a la interpretación de las disposiciones NMF. Se resumen las decisiones que han sido adoptadas y se señalan las diferencias existentes entre esas decisiones y las de años anteriores, si bien en el informe no se analizan los criterios interpretativos de los tribunales para asuntos de inversiones.

27. La labor de la UNCTAD sobre el trato NMF ofrece antecedentes y contextos importantes para el examen de las disposiciones NMF. Ha tendido a centrarse en las cuestiones normativas generales aplicables a las disposiciones NMF más que en cuestiones de derecho internacional consuetudinario y de interpretación de los tratados, que son el aspecto principal de la labor del Grupo de Estudio.

2. OCDE

28. La función primordial de la OCDE en la esfera de las inversiones ha sido la elaboración de instrumentos para facilitar las inversiones, en los que sus miembros pueden entrar a ser parte. Esos instrumentos contienen obligaciones de no discriminación, incluidas las expresadas en forma de cláusulas NMF.

29. Tanto en el Código de la OCDE sobre liberalización de los movimientos de capital, que abarca las inversiones directas y el establecimiento, como en el Código de la OCDE sobre liberalización de operaciones invisibles, relativo a los servicios, figura la obligación de no discriminación. Aunque no está redactada siguiendo la formulación tradicional de las cláusulas NMF, la OCDE considera esa obligación como un equivalente funcional de una disposición NMF. El artículo 9 del Código dice lo siguiente:

“Los Miembros no establecerán distinciones discriminatorias entre otros Miembros al autorizar la conclusión y ejecución de las transacciones y transferencias que se enumeran en el Anexo A y están sujetas a cualquier grado de liberalización.”

30. En su guía sobre los Códigos, la OCDE ha señalado lo siguiente³³:

“Se espera de los miembros de la OCDE que garanticen los beneficios de los mercados abiertos a los residentes de todos los demás países miembros, sin discriminación. Cuando existan restricciones, deberán aplicarse a todo el mundo por igual. [...] Los Códigos no permiten crear un listado de reservas al principio de no discriminación o MFN.”

31. Los Códigos contienen excepciones importantes respecto de la aplicación del trato NMF, también para los miembros que forman parte de una unión aduanera o un sistema monetario especial, y, en términos más generales, en relación con el mantenimiento del orden público o la protección de la salud pública, la moral y la seguridad por el miembro, la protección de los intereses de seguridad esenciales del

³³ OCDE, *OECD Codes of Liberalisation: Users Guide 2008* (en línea: OECD, 2007), pág. 11; puede consultarse en: <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>. En español, véase OCDE, *Resumen del Código de la OCDE de liberalización de los movimientos de capital*, pág. 5; puede consultarse en: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9789264199958-sum-es.pdf?expires=1433755380&id=id&accname=guest&checksum=A3FC8ED2EC06E3BD42B03C72FECB0876>.

miembro o el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de paz y seguridad³⁴.

32. La OCDE también fue la que inició las negociaciones de un acuerdo multilateral de inversión. En ese acuerdo figuraba una disposición NMF que se refería a un “trato no menos favorable” en relación con el “establecimiento, adquisición, expansión, administración, funcionamiento, gestión, uso, disfrute, venta u otra disposición de inversiones”³⁵. Cuando se abandonaron las negociaciones, había desacuerdo en cuanto a si la cláusula NMF debía aplicarse a las inversiones dentro del territorio del Estado que otorgaba el trato NMF y si la expresión “en circunstancias similares” debía calificar a los beneficiarios con derecho a recibir el trato NMF.

33. El proyecto de acuerdo multilateral de inversión contenía asimismo una serie de excepciones a la concesión del trato NMF, incluidos los intereses de seguridad, las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y la fiscalidad. También contenía varias excepciones controvertidas que nunca se resolvieron, como la reprogramación de la deuda pública, las transacciones para el establecimiento de políticas económicas y monetarias, y los acuerdos de integración económica regionales³⁶.

Segunda parte

Pertinencia actual de las cláusulas NMF y cuestiones relacionadas con su interpretación

34. Esta parte está dedicada a la naturaleza de las cláusulas NMF y a la manera en que se utilizan en los tratados y se aplican hoy en día. También se examinan cuestiones interpretativas que se han planteado en relación con las cláusulas NMF, en particular el contexto de acuerdos internacionales de inversión.

A. Elementos clave de las cláusulas NMF

35. Como se pone de manifiesto en el proyecto de artículos de 1978, las disposiciones NMF de los tratados bilaterales o multilaterales³⁷ están integradas por los elementos clave siguientes:

- En primer lugar, en virtud de una disposición de ese tipo, cada Estado conviene en otorgar un determinado nivel de trato a otro Estado u otros Estados, y a personas y entidades que se hallan en determinada relación con ese Estado o esos Estados³⁸.
- En segundo lugar, el nivel de trato otorgado por una disposición NMF viene determinado por el trato dado por el Estado que concede el trato NMF a terceros Estados (“no menos favorable”)³⁹.
- En tercer lugar, el compromiso NMF se aplica únicamente a un trato de la misma categoría que el otorgado al tercer Estado (“*ejusdem generis*”)⁴⁰.

³⁴ *Ibid.*, art. 3.

³⁵ OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment, The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text, 22 de abril de 1998, documento de la OCDE DAF/MAI(98)7/REV1.

³⁶ *Ibid.*, pág. 13.

³⁷ La Comisión no excluyó la posibilidad de que pudieran encontrarse disposiciones NMF en algún instrumento que no fuera en un tratado. *Anuario...*, 1978, pág. 17 (proyecto de artículo 1).

³⁸ *Ibid.*, pág. 22 (proyecto de artículo 5).

³⁹ *Ibid.*

- En cuarto lugar, las personas o entidades con derecho a beneficiarse del trato NMF se limitan a aquellas que pertenecen a la misma categoría que las personas o entidades del tercer Estado que tienen derecho al trato reclamado⁴¹.

36. Al aplicar las disposiciones NMF, el segundo y el tercero de esos elementos son los que plantean mayores dificultades. La pregunta de en qué consiste un trato no menos favorable y la cuestión de si el trato reclamado es de la misma categoría que el trato otorgado a terceros Estados han sido objeto de controversia en el marco del GATT y la OMC y, como se verá más adelante, la cuestión de si el trato reclamado es de la misma categoría que el trato otorgado a terceros Estados ha sido uno de los aspectos principales de las controversias que existen actualmente en la esfera de las inversiones.

1. El fundamento del trato NMF

37. Esencialmente, el trato NMF es un medio para establecer la no discriminación entre un Estado y otros Estados, por lo que puede considerarse un reflejo del principio de igualdad soberana. No obstante, sus orígenes parecen indicar que se estableció con el propósito más pragmático de impedir la ventaja competitiva en la esfera económica. Como señaló en su primer informe el Relator Especial del proyecto de artículos de 1978⁴², los comerciantes de la época medieval que no podían obtener un monopolio en los mercados extranjeros buscaban no ser tratados peor que sus competidores. Ese trato pasó a recogerse en acuerdos entre poderes soberanos —tratados de amistad, comercio y navegación— y trascendió el comercio para asegurar que los súbditos de un poder soberano que se encontrasen en un Estado extranjero recibieran el mismo trato que los súbditos de otros poderes soberanos.

38. La prevención de la discriminación también está relacionada con el concepto económico de ventaja comparativa, que es uno de los aspectos fundamentales de las nociones de libre comercio y liberalismo económico. Según la teoría de la ventaja comparativa, los países deben producir aquello para lo que son más eficientes. Con arreglo a esa teoría, el comercio de bienes producidos de manera eficiente beneficia a los consumidores y potencia al máximo el bienestar⁴³. No obstante, la eficiencia desaparece cuando un país A discrimina los bienes de un país B en favor de bienes similares de un país C. El trato NMF evita ese tipo de discriminación al asegurar que el país A dé al país B un trato no menos favorable que el que da al país C. Por ese motivo, el trato NMF se ha considerado la piedra angular del GATT y la OMC⁴⁴.

39. El debate sobre las ventajas de la no discriminación y las ventajas de las preferencias, en particular en relación con los países en desarrollo, ha sido largo y, en muchos aspectos del ámbito del comercio, sigue sin haberse resuelto⁴⁵.

40. La relevancia de la justificación económica del trato NMF, más allá del ámbito del comercio de bienes, para el comercio de servicios, las inversiones y otras esferas también ha suscitado controversias. Se ha afirmado que, mientras que en la esfera del

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 27 y 28 (proyecto de artículo 9).

⁴¹ *Ibid.*, pág. 28 (proyecto de artículo 10, párr. 2).

⁴² *Anuario...*, 1968, vol. II, pág. 162, documento A/CN.4/L.127.

⁴³ John Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2ª ed. (Cambridge: MIT Press, 1997), cap. 2.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, documento de la OMC WT/DS139/AB/R (31 de mayo de 2000). Véase también el Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, documento de la OMC WT/DS246/AB/R (adoptado el 20 de abril de 2004), párr. 101.

⁴⁵ *El Futuro de la OMC: Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi (Ginebra: OMC, 2004), párrs. 88 a 102 [“Informe Sutherland”].

comercio la no discriminación protege las oportunidades competitivas (el argumento de la ventaja comparativa), en la de las inversiones el propósito de la no discriminación es proteger los derechos de los inversores⁴⁶. No obstante, independientemente de los motivos concretos para aplicar el principio de no discriminación fuera de la esfera del comercio de bienes, los acuerdos relativos a las inversiones y los servicios siguen incluyendo disposiciones sobre el trato NMF (y el trato nacional). Habiendo observado esas diferencias de opinión, el Grupo de Estudio no vio la necesidad de seguir examinando el fundamento económico de las disposiciones NMF.

B. La práctica actual en relación con las cláusulas NMF

1. Las cláusulas NMF en el GATT y la OMC

41. El trato NMF siempre se ha considerado la obligación esencial del sistema multilateral de comercio. Aunque donde se aborda de forma más exhaustiva es en el artículo 1.1 del GATT, la obligación NMF también figura explícita e implícitamente en otras disposiciones del GATT⁴⁷. Había dos aspectos fundamentales del trato NMF en el GATT. En primer lugar, el trato se aplicaba multilateralmente y “cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad” concedido a una parte contratante debía concederse a todas las demás partes contratantes. En segundo lugar, debía concederse incondicionalmente.

42. La importancia fundamental del trato NMF para el GATT residía en que impedía la discriminación en la aplicación de aranceles y otros tratos concedidos a los bienes al cruzar las fronteras. Tradicionalmente, los aranceles se negociaban de manera bilateral o entre grupos de países y después se aplicaban a todas las partes contratantes en virtud de la disposición NMF. Así se preservaba la igualdad de oportunidades competitivas entre los comerciantes.

43. No obstante, en el marco del sistema de la OMC, la aplicación del trato NMF se amplió del comercio de bienes al nuevo régimen de comercio de servicios⁴⁸. Se incluyó en las nuevas obligaciones de la OMC sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). Así pues, el trato NMF está presente en todo el sistema de la OMC.

44. El Grupo de Estudio examinó la manera en que se habían aplicado las cláusulas NMF en el GATT y en la OMC. De ese examen se podían extraer algunas conclusiones generales sobre el alcance y la aplicación del trato NMF en el sistema de la OMC.

45. En primer lugar, pese a que en la OMC las disposiciones NMF se formulan de manera diferente, el criterio del Órgano de Apelación ha sido otorgarles el mismo significado⁴⁹. La interpretación textual de las palabras tiene menos importancia que el concepto subyacente del trato NMF.

⁴⁶ Nicholas DiMascio y Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), págs. 48 a 89.

⁴⁷ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, 15 de abril de 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1867, pág. 187, arts. II; III, párr. 4; IV; V, párrs. 2, 5 y 6; IX, párr. 1, XIII, párr. 1; XVII, párr. 1; y XX j).

⁴⁸ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, 15 de abril de 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1869, pág. 183, art. II.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS139/AB/R (adoptado el 19 de junio de 2000), párr. 79.

46. En segundo lugar, el Órgano de Apelación ha interpretado el trato NMF establecido en el artículo I del GATT de manera que tenga la aplicación más amplia posible. Como ha señalado el Órgano de Apelación, “cualquier” ventaja, favor o privilegio realmente significa “cualquiera”⁵⁰. La cuestión específica de si el trato NMF se aplica tanto a los derechos sustantivos como a los procesales no ha sido abordada por el Órgano de Apelación.

47. En tercer lugar, si bien se pretendía que el trato NMF fuera incondicional, todos los acuerdos de la OMC contienen excepciones a la aplicación del trato NMF, de modo que, en la práctica, su aplicación es más restringida de lo que parece. Tanto las excepciones previstas para las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio⁵¹, las salvaguardias y otras medidas comerciales correctivas como las excepciones y las disposiciones generales relativas al “trato especial y diferenciado” limitan el alcance real del trato NMF en el marco de los acuerdos de la OMC. Aunque el Órgano de Apelación ha adoptado con frecuencia un enfoque restrictivo de la interpretación de las excepciones⁵², su variedad y alcance a menudo limitan el alcance y la aplicación del trato NMF en los acuerdos de la OMC.

48. La singularidad del sistema de la OMC, que tiene su propio conjunto de acuerdos y un proceso de solución de diferencias para interpretarlos y aplicarlos, hace que la interpretación de las disposiciones NMF en el marco de la OMC tenga una relevancia directa limitada para las cláusulas NMF de otros acuerdos. La interpretación del trato NMF en el sistema de la OMC puede proseguir independientemente del trato que se dé a las cláusulas NMF en otros contextos.

49. No obstante, el trato NMF en el sistema de la OMC no se limita exclusivamente a ese sistema. Puede aplicarse más allá del alcance de los acuerdos de la OMC. Antes de que se creara la OMC, surgió la cuestión de si una parte contratante en el GATT podía, en virtud de una disposición NMF, reclamar los beneficios otorgados en virtud de un “código” de la Ronda de Tokio en el que no fuera parte. El asunto nunca llegó a resolverse. Una cuestión que se plantea en la actualidad es la de si un miembro de la OMC que no sea parte en uno de los “acuerdos plurilaterales” relacionado con los Acuerdos de la OMC pero no incluido en ellos, puede hacer valer la disposición NMF para reclamar beneficios previstos en los acuerdos plurilaterales aun cuando no sea parte en ese acuerdo. Ese asunto tampoco se ha resuelto aún.

50. En el marco de la disposición NMF del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) se plantea una cuestión similar. El comercio de servicios en el marco del AGCS incluye el suministro de un servicio por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia comercial de personas físicas en el territorio de cualquier otro miembro⁵³. El artículo II del AGCS establece lo siguiente:

“Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.”

51. Las medidas que afectan a los proveedores de servicios dimanantes de tratados bilaterales de inversión con terceros Estados entran en el ámbito de aplicación del

⁵⁰ *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil.*

⁵¹ GATT, art. XXIV. Las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio están cobrando aún más importancia con la proliferación de los acuerdos regionales de comercio.

⁵² Véase, por ejemplo: Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, documento de la OMC WT/DS58/AB/R (12 de octubre de 1998).

⁵³ AGCS, art. 1, párr. 2 d).

artículo II. En otras palabras, la cuestión radica en determinar si un miembro de la OMC podría, en virtud del artículo II del AGCS, reclamar los beneficios derivados de las disposiciones de un tratado bilateral de inversión suscrito entre otro miembro de la OMC y un tercer Estado, en la medida en que las disposiciones de dicho tratado otorguen un trato más favorable a los proveedores de servicios de ese tercer Estado. El Grupo de Estudio no ha encontrado práctica ni jurisprudencia al respecto.

52. Pese a que hay cuestiones pendientes en relación con el trato NMF en el marco de la OMC que podrían ser objeto de controversia en el futuro, el Grupo de Estudio consideró que abordar esas cuestiones en la actualidad no añadiría nada relevante. La OMC tiene su propio mecanismo de solución de diferencias, y los acuerdos de la OMC se interpretan sobre la base de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁴. La existencia de un mecanismo de apelación asegura que las interpretaciones del Grupo Especial sobre la gran variedad de disposiciones NMF contenidas en los acuerdos pueden ser revisadas y, en caso necesario, revocadas.

2. El trato NMF en otros acuerdos de comercio

53. Los acuerdos regionales y bilaterales de comercio no suelen incluir disposiciones NMF en relación con el comercio de bienes⁵⁵. Esos acuerdos ya conceden un trato preferente a todas las partes en materia arancelaria, de modo que el trato NMF tiene poca relevancia. En cambio, el trato nacional es importante. No obstante, algunos acuerdos regionales contienen una forma de disposición NMF en relación con el comercio de bienes, en virtud de la cual, si el tipo de derecho de aduana NMF se reduce, se aplicará dicho tipo de derecho a la otra parte, siempre y cuando sea inferior al tipo de derecho de aduana convenido en el acuerdo regional de comercio⁵⁶.

54. En cambio, los acuerdos económicos regionales o bilaterales que van más allá del comercio prevén el trato NMF en relación con los servicios y las inversiones⁵⁷. En ese sentido, no difieren de la OMC con respecto a los acuerdos de servicios o los acuerdos bilaterales de inversión. En el caso de esos acuerdos, el criterio de interpretación del trato NMF no sería distinto del aplicable a los acuerdos bilaterales de inversión. No obstante, hasta el momento no parece que se haya formulado ninguna observación judicial sobre esas disposiciones, que en general han escapado al análisis académico.

3. El trato NMF en los tratados de inversión

55. Las obligaciones previstas en los acuerdos de inversión para conceder el trato NMF no son un fenómeno reciente. Existían en los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación, y se han mantenido en los tratados bilaterales de inversión modernos y en los acuerdos regionales de comercio que incluyen disposiciones en materia de inversiones. Así pues, el trato NMF y el trato nacional figuran en los

⁵⁴ Hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, pág. 150.

⁵⁵ La expresión “acuerdos regionales” también incluye a los acuerdos de integración económica regionales, los acuerdos de asociación y las uniones aduaneras.

⁵⁶ Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 127, 54º año (14 de mayo de 2011), pág. 9, art. 2.5; Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 352, 45º año (30 de diciembre de 2002), pág. 19, art. 60, párr. 4.

⁵⁷ Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, *International Legal Materials*, vol. 32 (1993), págs. 289 y 605, cap. 11, art. 1103 (inversión), art. 1203 (servicios) y art. 1406 (servicios financieros).

tratados bilaterales de inversión en la medida en que, como en el GATT, son obligaciones fundamentales.

56. Aunque las cláusulas NMF de los acuerdos de inversión están redactadas de diversas maneras, por lo general reproducen la fórmula del “trato no menos favorable” establecida en el artículo II del GATT. Por ejemplo, el acuerdo entre Austria y las Repúblicas Checa y Eslovaca, de 15 de octubre de 1990, dispone lo siguiente:

“Cada Parte Contratante concederá a los inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el que conceda a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado y sus inversiones.”⁵⁸

57. En algunos casos, la cláusula NMF incluye tanto la obligación de conceder un trato NMF como la obligación de conceder un trato nacional. Por ejemplo, el convenio suscrito entre la Argentina y el Reino Unido de 11 de diciembre de 1990 establece lo siguiente:

“Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.”⁵⁹

58. En otros casos, la obligación de conceder el trato NMF está vinculada a la obligación de conceder un trato justo y equitativo. Por ejemplo, el convenio suscrito entre China y el Perú el 9 de junio de 1994 dispone lo siguiente:

“Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes gozaran de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

El tratamiento y protección mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer Estado y a actividades relacionadas con tales inversiones.”⁶⁰

59. No obstante la obligación común del trato NMF en los tratados bilaterales de inversión, la manera de expresar esa obligación varía. A ese respecto, cabe identificar seis tipos de obligación, si bien algunos acuerdos pueden mezclar los diferentes tipos en una única cláusula NMF.

60. El primer tipo es aquel en que la obligación NMF se refiere simplemente al “trato” concedido al inversor o las inversiones. El acuerdo entre Austria y las Repúblicas Checa y Eslovaca es un ejemplo de ello.

61. El segundo tipo de obligación corresponde a los casos en que el alcance del trato que se concederá se ha ampliado haciendo referencia a “cualquier” trato. Un ejemplo de ello es el acuerdo suscrito entre la Argentina y España, donde se establece que la

⁵⁸ Acuerdo entre la República de Austria y las Repúblicas Checa y Eslovaca relativo a la promoción y la protección de inversiones, hecho en Viena el 15 de octubre de 1990, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1653, pág. 127, art. 3, párr. 1.

⁵⁹ Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Londres el 11 de diciembre de 1990, art. 3, párr. 1, puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

⁶⁰ Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Beijing el 9 de junio de 1994, art. 3, párrs. 1 y 2; puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/768>.

disposición NMF se aplicará “[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo”⁶¹.

62. El tercer tipo de obligación es aquel en que el término “trato” se refiere a aspectos concretos del proceso de inversión, como la “gestión”, el “mantenimiento”, el “uso” y la “liquidación” de las inversiones a las que se aplica el trato NMF⁶². En algunos casos, los acuerdos prevén un trato NMF en relación con el “establecimiento” de inversiones y ofrecen protección tanto en el período previo a la inversión como en el período posterior⁶³.

63. El cuarto tipo se refiere a los casos en que el trato NMF está relacionado con obligaciones concretas previstas en el tratado, como la obligación de otorgar un trato justo y equitativo.

64. El quinto tipo de obligación es aquel en que el trato NMF solo se otorga a los inversores o las inversiones que están “en circunstancias similares”⁶⁴ o “en situaciones similares”⁶⁵ a las de los inversores o las inversiones con los que se establece la comparación.

65. El sexto tipo de obligación es el de los acuerdos en que parece haberse establecido una limitación territorial. Por ejemplo, el acuerdo suscrito entre Italia y Jordania el 21 de julio de 1996 dispone que las partes contratantes se comprometen a conceder el trato NMF “dentro de los límites de su propio territorio”⁶⁶.

66. Por lo general, las disposiciones NMF de los acuerdos de inversión también prevén excepciones a la obligación de otorgar el trato NMF. Las más comunes se refieren a la tributación, las adquisiciones públicas y los beneficios que obtiene una parte por pertenecer a una unión aduanera⁶⁷.

C. Cuestiones interpretativas relacionadas con las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión

67. Hay un consenso generalizado entre los tribunales que se ocupan de la solución de controversias relativas a inversiones en que las cláusulas NMF, en tanto que convencionales, deben interpretarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No obstante, las controversias relativas a la interpretación de

⁶¹ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1699, pág. 187.

⁶² El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) dispone que se otorgará el trato NMF en lo referente al “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”. TLCAN, art. 1103.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Acuerdo entre la República de Turquía y Turkmenistán relativo a la promoción y protección recíprocas de inversiones, hecho en Ashgabat el 2 de mayo de 1992, art. II; puede consultarse en: [http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf).

⁶⁶ Acuerdo entre el Gobierno del Reino Hachemita de Jordania y el Gobierno de la República de Italia sobre la promoción y la protección de inversiones, hecho en Ammán el 21 de julio de 1996; puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>.

⁶⁷ Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Londres el 11 de diciembre de 1990, art. 7, puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>. Véase OCDE, “Most Favoured Nation Treatment in International Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, vol. 2 (2004), pág. 5.

disposiciones NMF a veces ponen de manifiesto diferencias subyacentes en la aplicación de las disposiciones de dicha Convención⁶⁸.

68. Pese a las variaciones en la formulación de las cláusulas NMF, hay cuestiones interpretativas que son comunes a todas esas cláusulas, ya sea en la esfera del comercio, las inversiones o los servicios. Hay tres aspectos de las disposiciones NMF que han dado lugar a cuestiones de interpretación y que se abordan a continuación, a saber: la definición del beneficiario de una cláusula NMF, la definición del trato necesario y la definición del alcance de la cláusula. De esas tres importantes cuestiones de interpretación, solo el alcance del “trato” que debe otorgarse con arreglo a una disposición NMF ha sido objeto de importantes debates y controversias en los tribunales para asuntos de inversiones.

1. ¿Quién tiene derecho a beneficiarse de una disposición NMF?

69. La primera cuestión interpretativa es la definición de los beneficiarios de una cláusula NMF. En 1978, la Comisión dijo que el derecho a beneficiarse de una disposición NMF corresponde “al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado”. En los acuerdos de inversión, la obligación suele especificar generalmente que el trato NMF se concederá al “inversor” o a su “inversión”. Algunos acuerdos limitan el beneficio de las disposiciones NMF a las inversiones⁶⁹. No obstante, aunque algunos acuerdos de inversión no añaden nada más, otros establecen que los beneficiarios han de ser inversores o inversiones que se encuentren “en circunstancias similares” o “en situaciones similares” a las de los elementos de comparación.

70. Ello ha generado gran controversia en torno al concepto de “inversión”, en particular en lo referente a si las inversiones deben contribuir al desarrollo económico del Estado anfitrión⁷⁰. No obstante, la definición de inversión es una cuestión relevante para los acuerdos de inversión en conjunto y no plantea cuestiones sistémicas sobre las disposiciones NMF ni sobre su interpretación. Por tanto, el Grupo de Estudio no vio la necesidad de examinar más a fondo esa cuestión.

71. La expresión “en circunstancias similares” se recoge en el capítulo dedicado a la inversión del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero no figura en muchos otros acuerdos. Esas palabras parecen imponer ciertas limitaciones para que los inversores o las inversiones puedan reclamar las ventajas de una disposición NMF, dando a entender quizá que solo los inversores o las inversiones que se encuentren “en circunstancias similares” a las del tratado objeto de comparación pueden reclamarla.

72. Cabe preguntarse si, en realidad, la inclusión del calificativo “en circunstancias similares” añade algo a la cláusula NMF. En cualquier caso, en virtud del principio *ejusdem generis*, el trato NMF solo se puede otorgar en relación con la misma materia y a aquellos que se hallan en la misma relación con el elemento de comparación, como establecen los artículos 9 y 10 del proyecto de artículos de 1978.

73. En las negociaciones del acuerdo multilateral de inversión, las opiniones de las partes estuvieron divididas precisamente a ese respecto, por lo que nunca se llegó a un acuerdo sobre la inclusión de la expresión “en circunstancias similares” en el texto

⁶⁸ Véanse los párrs. 174 a 193 *infra*.

⁶⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía (Anexo 1 del Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía), hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, pág. 95, art. 10 7).

⁷⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/00/4, párr. 52; y, más recientemente, *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/10/12, 2 de noviembre de 2012.

objeto de negociación. La importancia práctica de esa cuestión radica en si las interpretaciones de los acuerdos en que figura la expresión “en circunstancias similares” son pertinentes para la interpretación de los acuerdos que no la contienen. Como se señala más adelante, es peligroso aplicar automáticamente las interpretaciones de un acuerdo de inversión a otros acuerdos, y aún más en los casos en que la formulación de ambos difiere.

2. ¿Qué constituye un trato “no menos favorable”?

74. La segunda cuestión interpretativa que se plantea es determinar en qué consiste un trato “no menos favorable”. En 1978, la Comisión no se extendió sobre ese asunto, aparte de explicar el motivo por el que se empleaba la expresión “no menos favorable” en lugar del término “igual” y que el trato podía ser no menos favorable si el elemento de comparación no recibía en realidad el trato aunque tuviera derecho a recibirlo⁷¹. Hasta cierto punto, ese asunto está relacionado con la tercera cuestión, es decir, la determinación del alcance del trato.

75. En opinión de algunos, el motivo para conceder un trato “no menos favorable” es el deseo del Estado beneficiario de asegurarse de que exista igualdad de oportunidades para competir entre sus propios nacionales y los nacionales de terceros Estados⁷². Esa es la razón para otorgar el trato NMF en relación con el comercio de bienes en el marco del GATT y la OMC, y la misma razón es fundamental para los inversores y sus inversiones. Según otros, el objetivo del trato NMF y del trato nacional es reconocer y hacer efectivos los “derechos” de los inversores⁷³. Aun así, el propósito de un “derecho” en el contexto del trato NMF y el trato nacional es asegurar que el inversor pueda competir en igualdad de condiciones con otros inversores extranjeros o nacionales, según sea el caso.

76. Cuando la disposición de concesión de un trato “no menos favorable” está vinculada a disposiciones relativas al “trato nacional”, el Estado concedente acuerda otorgar un trato “no menos favorable” que el que concede a sus propios nacionales. Las disposiciones relativas al trato nacional presentan el mismo problema *ejusdem generis* en cuanto a la determinación de un grado de similitud suficiente entre las materias. De forma análoga, las disposiciones sobre el trato nacional, al igual que las disposiciones relativas al trato NMF, suelen utilizar la expresión “en circunstancias similares” o “en situaciones similares” para definir el alcance del derecho del beneficiario a la concesión de un trato nacional. Por tanto, ambas cláusulas plantean cuestiones de interpretación similares.

77. El proyecto de artículos de 1978 no profundizó en la relación entre el trato NMF y el trato nacional. Señaló que ambos podían figurar en un mismo instrumento sin que ello afectara al trato NMF⁷⁴. También estableció que el trato NMF era de aplicación aunque el trato otorgado al tercer Estado se concediera como trato nacional. En opinión del Grupo de Estudio, las interpretaciones de expresiones como “en circunstancias similares” o “en situaciones similares” en el contexto del trato nacional pueden ofrecer orientación de gran utilidad para la interpretación de esa terminología en el contexto de las cláusulas NMF.

78. El significado de la expresión “no menos favorable” no ha suscitado gran polémica en las controversias sobre inversiones relacionadas con el trato NMF. En las negociaciones del acuerdo multilateral de inversión se sugirió emplear el término

⁷¹ Véase el comentario del proyecto de artículo 5, *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), pág. 22.

⁷² Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), págs. 415 y 416.

⁷³ DiMascio y Pauwelyn.

⁷⁴ *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), pág. 51 (proyecto de artículo 19).

“igual” en lugar de la expresión “no menos favorable” al establecer el tipo de trato que debía concederse en virtud de las disposiciones NMF. Aunque la cuestión nunca llegó a resolverse, la objeción esgrimida para no hacerlo fue que el objetivo de una disposición NMF no era limitar lo que podía otorgar el Estado concedente. Este puede conceder un trato mejor que “igual”, si así lo desea, aunque ello pueda repercutir en los otros acuerdos NMF que haya suscrito. La expresión “no menos favorable” establece el trato mínimo que debe concederse.

3. ¿Cuál es el alcance del trato que debe otorgarse con arreglo a una cláusula NMF?

79. La última cuestión interpretativa es la determinación del alcance del derecho que se concede en virtud de una cláusula NMF. Dicho de otro modo, ¿qué abarca el término “trato”? Esa cuestión fue abordada por la Comisión en el artículo 9 del proyecto de artículos de 1978, donde se establecía que la cláusula NMF se aplicaría solo respecto de “aquellos derechos que estén comprendidos dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula”⁷⁵. Como señaló la Comisión en su comentario, esto es lo que se conoce como la regla *ejusdem generis*⁷⁶.

80. La determinación del alcance del trato que debe concederse con arreglo a una disposición NMF se ha convertido en una de las cuestiones interpretativas más controvertidas en el marco de los acuerdos internacionales de inversión. El problema se refiere a la aplicabilidad de una cláusula NMF a las disposiciones procesales, de carácter diferente a las disposiciones sustantivas del tratado. También está relacionada con la pregunta más general de si los derechos previstos en un tratado con un tercer Estado, que sean más beneficiosos para un inversor, podrían ser invocados por dicho inversor en virtud de la cláusula NMF.

81. Se han invocado cláusulas NMF de tratados básicos para ampliar el alcance de las disposiciones relativas a la solución de controversias del tratado de varias maneras. Por ejemplo: a) para acogerse a un proceso de solución de controversias no disponible en virtud del tratado básico; b) para ampliar el alcance jurisdiccional en los casos en que el tratado básico restringe el ámbito de la cláusula de solución de controversias a una determinada categoría de controversias, como las relativas a la indemnización por expropiación; y c) para eludir la aplicabilidad de una disposición que requiera que las controversias sean sometidas a un tribunal nacional durante un “período de espera” de 18 meses, antes de someterlas a arbitraje internacional. La cláusula NMF se ha invocado sobre todo en esta última circunstancia, por lo que se le prestará especial atención a este supuesto.

a) *La cláusula NMF y los aspectos procesales: orígenes de la cuestión*

82. A menudo, se considera que los orígenes del uso de la cláusula NMF en relación con el acceso a cuestiones procesales se remontan al laudo arbitral emitido en 1956 en el caso *Ambatielos*⁷⁷, donde se sostuvo que la “administración de justicia” era una parte importante de los derechos de los comerciantes y que, por tanto, debía considerarse incluida en la expresión “en todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación” en virtud de la cláusula NMF⁷⁸.

⁷⁵ *Ibid.*, págs. 27 y 28 (proyecto de artículo 9).

⁷⁶ *Ibid.* (comentario a los proyectos de artículo 9 y 10).

⁷⁷ *The Ambatielos Claim (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pág. 83.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 107.

83. Casi 45 años después, la cuestión volvió a plantearse en el caso *Maffezini c. el Reino de España*⁷⁹, donde el tribunal aceptó el argumento del demandante, que sostenía que podía invocar la cláusula NMF del tratado bilateral de inversión (TBI) suscrito entre la Argentina y España en 1991, a fin de eludir el período de 18 meses de espera exigido para presentar una reclamación en relación con ese TBI, y basarse en cambio en el TBI firmado entre España y Chile, que no establecía ese requisito y permitía que el inversor recurriera al arbitraje internacional tras un plazo de 6 meses⁸⁰. La cláusula NMF del TBI entre la Argentina y España disponía lo siguiente:

“En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.”⁸¹

84. Al estimar el argumento del reclamante, el tribunal tuvo en cuenta el amplio alcance de la cláusula NMF, que era de aplicación a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. Se hizo hincapié en la necesidad de determinar la intención de las partes contratantes, la importancia de valorar la práctica anterior de los Estados con respecto a la inclusión de la cláusula NMF en otros TBI (cuya valoración favoreció el argumento del demandante) y la importancia de tener en cuenta otras consideraciones de política pública.

85. El tribunal se basó en particular en el caso *Ambatielos*⁸², en el que la Comisión de Arbitraje había confirmado la pertinencia del principio *ejusdem generis*. La Comisión dijo que una cláusula NMF solo podía aplicarse a asuntos que entren en la misma categoría y que “la cuestión solo podía dirimirse atendiendo a lo que, mediante una interpretación razonable del Tratado, se dedujera que había sido la intención de las Partes Contratantes”⁸³.

86. Con respecto al principio *ejusdem generis*, el tribunal del caso *Maffezini* consideró que los arreglos relativos a la solución de controversias, en ese contexto económico, estaban inseparablemente vinculados con la protección de los inversores extranjeros, y que la solución de controversias era un mecanismo extremadamente importante que protege a los inversores. Así pues, esos arreglos no se consideraban meros mecanismos de procedimiento sino arreglos concebidos para asegurar una mejor protección de los derechos de los inversores mediante el recurso al arbitraje internacional.

87. Por todo ello, el tribunal llegó a la conclusión de que:

“[...] si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*.”⁸⁴

88. En opinión del tribunal, esa aplicación de la cláusula NMF a los arreglos de solución de controversias podía llevar al resultado de alcanzar “la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos”⁸⁵. No obstante, el tribunal era consciente

⁷⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/97/7 (25 de enero de 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, pág. 396.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 39.

⁸¹ Acuerdo para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1699, pág. 187, art. IV.

⁸² *Maffezini*, párr. 49.

⁸³ *Ambatielos*, pág. 107.

⁸⁴ *Maffezini*, párr. 56.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 62.

de que su interpretación de la cláusula NMF era amplia y podía dar lugar, entre otras cosas, a “la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados”⁸⁶. El tribunal señaló lo siguiente:

“Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado de lo que parece a primera vista.”⁸⁷

89. A continuación, el tribunal enunció las cuatro situaciones en las que, a su juicio, no podía invocarse una disposición NMF, a saber:

- Si una Parte Contratante había condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, debido a que la condición estipulada reflejaba “una regla fundamental de derecho internacional”;
- Si las partes habían acordado un mecanismo de solución de controversias que incluyera la llamada “bifurcación del camino”, pues ignorar una disposición de ese tipo alteraría el “carácter definitivo de los arreglos pactados” que muchos países estimaban importantes como cuestión de política pública;
- Si el acuerdo escogía un mecanismo determinado para el arbitraje, como, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y una parte deseaba cambiarlo; y
- Si las partes habían acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorporase reglas de procedimiento precisas (por ejemplo, el TLCAN), pues esas disposiciones específicas denotaban la voluntad precisa de las partes contratantes⁸⁸.

90. El tribunal también dejó abierta una posibilidad: “[s]in duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula”⁸⁹.

b) *La interpretación posterior de las cláusulas NMF en relación con las cuestiones procesales por los tribunales para asuntos de inversiones*

91. Las decisiones posteriores de los tribunales para asuntos de inversiones se han visto divididas en cuanto a seguir o no el caso *Maffezini*. Ha habido un acuerdo generalizado entre los tribunales para asuntos de inversiones, tanto explícita como implícitamente, en que el alcance de las disposiciones NMF de un determinado tratado bilateral de inversión es una cuestión de interpretación del tratado específico⁹⁰. Los tribunales para asuntos de inversiones se remiten con frecuencia a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y a principios como *expressio unius exclusio alterius*. Los tribunales aseveran que tratan de determinar la intención de las partes. No obstante, aún no existe un criterio de interpretación sistemático, y parecen haber ganado peso factores diferentes, no siempre relacionados con los términos empleados en los tratados en cuestión.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 63.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 62.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 63.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Salini; Siemens A.G. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/02/8 (3 de agosto de 2004) (TBI entre la Argentina y Alemania). Puede consultarse en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>.

92. El Grupo de Estudio trató de identificar los factores que parecían haber influido en los tribunales para asuntos de inversiones a la hora de interpretar las cláusulas NMF, así como de determinar si existían tendencias concretas. Al hacerlo, el Grupo de Estudio fue consciente de la necesidad de reforzar la observancia de las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que son aplicables a todos los tratados. A continuación se exponen los factores más destacados que han influido en las decisiones de esos tribunales referentes a la aplicación de las cláusulas NMF a las cuestiones procesales.

i) *La distinción entre obligaciones sustantivas y procesales*

93. Un punto de partida frecuente de los tribunales consiste en determinar si, en principio, la cláusula NMF puede estar relacionada tanto con las disposiciones sustantivas del tratado como con las procesales. En el caso *Maffezini* la cuestión que se planteó fue la siguiente:

“[si] puede considerarse que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en un tratado con un tercero están razonablemente relacionadas con el tratamiento justo y equitativo al que se aplica la cláusula de la nación más favorecida en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones y, por consiguiente, si tales disposiciones pueden considerarse como materias comprendidas en dicha cláusula.”⁹¹

94. Como se ha señalado antes, el tribunal llegó a la conclusión de que el trato NMF podía extenderse a las disposiciones de procedimiento, con sujeción a ciertas consideraciones de “política pública”⁹². Al adoptar esa decisión, el tribunal invocó la decisión de la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos* y señaló que “hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio”⁹³.

95. En la decisión del caso *Maffezini* es clave la conclusión de que las disposiciones sobre la solución de controversias forman parte, en principio, de la protección que otorgan los acuerdos bilaterales de inversión a los inversores y las inversiones. Por tanto, las disposiciones relativas a la solución de controversias, por definición, casi siempre pueden incorporarse a un acuerdo de inversión en virtud de una disposición NMF. En el marco de un acuerdo de inversión, utilizando la terminología empleada en el artículo 9 del proyecto de artículos de 1978, la solución de controversias está comprendida “dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula” NMF.

96. La conclusión de que las cuestiones procesales, en particular las disposiciones relativas a la solución de controversias, pertenecen, por su propia naturaleza, a la misma categoría que las protecciones sustantivas para los inversores extranjeros ha sido una parte importante de la argumentación de algunas decisiones posteriores de los tribunales para asuntos de inversiones. En el caso *Siemens*, el tribunal declaró que la solución de controversias “es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Forma parte del trato a las inversiones y los inversores extranjeros y de las ventajas que pueden obtenerse a través de la cláusula NMF”⁹⁴. En el caso *AWG*, el tribunal afirmó que no encontraba “base alguna para distinguir entre las materias relacionadas

⁹¹ *Maffezini*, párr. 46.

⁹² *Ibid.*, párr. 56.

⁹³ *Ibid.*, párr. 54.

⁹⁴ *Siemens*, párr. 102.

con la solución de controversias y cualquier otra materia incluida en un tratado bilateral de inversión”⁹⁵.

97. No obstante, algunos tribunales se han preguntado si las disposiciones relativas a la solución de controversias están intrínsecamente recogidas en las cláusulas NMF. El tribunal del caso *Salini* dudó de que la decisión en el caso *Ambatielos* sirviera de base para sustentar esa propuesta⁹⁶ y citó las opiniones disidentes de los magistrados en la decisión anterior de la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que “el comercio y la navegación” no incluían “la administración de justicia”⁹⁷. El tribunal del caso *Salini* señaló además que, en cualquier caso, cuando la Comisión de Arbitraje del caso *Ambatielos* mencionó la “administración de justicia”, no se refería a las disposiciones procesales ni a la solución de controversias, sino a disposiciones sustantivas recogidas en otros tratados de inversión sobre el trato de los nacionales con arreglo a los principios de justicia y equidad⁹⁸.

98. El tribunal del caso *Telenor* hizo más hincapié en la exclusión de las disposiciones procesales de la aplicación de las cláusulas NMF y señaló lo siguiente:

En ausencia de palabras o de un contexto en sentido contrario, el significado corriente de la expresión “gozarán de un trato no menos favorable que el que otorgue a las inversiones realizadas por los inversores de cualquier tercer Estado” es que los derechos *sustantivos* del inversor con respecto a la inversión deberán recibir un trato no menos favorable en el marco de los TBI suscritos entre el Estado anfitrión y un tercer Estado, y no hay ninguna razón para interpretar que la frase anterior incluye también los derechos procesales⁹⁹.

99. La opinión de que, en teoría, las cláusulas NMF de los tratados de inversión pueden aplicarse tanto a cuestiones procesales como sustantivas no significa que

⁹⁵ *AWG Group Ltd. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (3 de agosto de 2006), párr. 59 (TBI entre la Argentina y el Reino Unido); puede consultarse en: <http://www.italaw.com/cases/106>. Véase también *National Grid PLC c. la República Argentina*, decisión sobre competencia, CNUDMI (20 de junio de 2006), párr. 89 (TBI entre la Argentina y el Reino Unido); puede consultarse en: <http://www.italaw.com/cases/732>; *Gas Natural SDG, S.A. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/03/10 (17 de junio de 2005), párr. 29 (TBI entre la Argentina y España), puede consultarse en: <http://www.italaw.com/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestiononJurisdiction.pdf>; *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation*, laudo sobre jurisdicción, caso núm. V079/2005 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) (1 de octubre de 2007), párrs. 131 y 132 (TBI entre el Reino Unido y la U.R.S.S.), puede consultarse en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>; *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, laudo sobre excepciones preliminares, caso núm. 24/2007 del Instituto de Arbitraje de la SCC (20 de marzo de 2009), párr. 100 (TBI entre España y Rusia), puede consultarse en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>; *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, laudo final, CNUDMI (9 de octubre de 2009), párr. 124 (TBI entre Austria y las Repúblicas Checa y Eslovaca); puede consultarse en: <http://www.italaw.com/cases/103>.

⁹⁶ *Salini*, párr. 112; véase también *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, caso núm. 080/2004 del Instituto de Arbitraje de la SCC (21 de abril de 2006), párr. 175 (TBI entre Bélgica y Luxemburgo y la U.R.S.S.).

⁹⁷ *Salini*, párr. 106. *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, fondo: obligación de arbitraje, sentencia, *I.C.J. Reports 1953*, pág. 10.

⁹⁸ *Ibid.*, párrs. 111 y 112.

⁹⁹ En cursiva en el original. *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary*, CIADI, caso núm. ARB/04/15 (13 de septiembre de 2006), párr. 92 (TBI entre Noruega y Hungría).

siempre se apliquen¹⁰⁰. No obstante, en algunos casos, los tribunales han interpretado que las disposiciones NMF abarcan los procedimientos de solución de controversias, basándose en que, en principio, las cláusulas NMF se aplican a ambos tipos de cuestiones.

ii) *La interpretación de las disposiciones NMF como cuestión jurisdiccional*

100. Algunos tribunales se han visto influidos por la opinión de que una disposición NMF no puede aplicarse a las disposiciones sobre solución de controversias si se refieren a la competencia del tribunal. Ello ha dado lugar a opiniones divergentes entre los tribunales en relación con dos cuestiones distintas. La primera es si los asuntos relacionados con la competencia requieren un criterio de interpretación más estricto. La segunda es si la aplicabilidad de una cláusula NMF a las disposiciones de solución de controversias atañe a la competencia de un tribunal.

1. Norma para la interpretación de las cuestiones jurisdiccionales

101. En el caso *Plama*, el tribunal trató la cuestión del alcance de la cláusula NMF como cuestión de avenencia a someterse al arbitraje y dijo “es un principio consolidado, tanto en el derecho nacional como internacional, que un acuerdo de esa índole debe ser claro e inequívoco”¹⁰¹. Por consiguiente, “la intención de incorporar las disposiciones sobre solución de controversias debe expresarse de manera clara e inequívoca”¹⁰². Así, la parte que pretenda aplicar una cláusula NMF a una cuestión de jurisdicción tiene la carga de la prueba para demostrar que se perseguía claramente dicha aplicación, un requisito difícil de satisfacer. Este punto de vista fue respaldado plenamente por el tribunal en el caso *Telenor*¹⁰³ y se repitió en el caso *Wintershall*¹⁰⁴.

102. No obstante, este planteamiento ha sido objeto de considerable oposición. Fue rechazado en el caso *Austrian Airlines*, y en el caso *Suez*, cuando el tribunal dijo que dichas “disposiciones sobre solución de controversias deben ser objeto de interpretación como cualquier otra disposición de un tratado, en un sentido que no debe ser ni más restrictivo ni más liberal”¹⁰⁵. Según el tribunal, las cláusulas jurisdiccionales deben ser interpretadas como cualquier otra disposición de un tratado, a partir de las reglas de interpretación establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁶.

¹⁰⁰ *Renta*, párr. 100; *Austrian Airlines*; *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. la República Argentina*, laudo sobre jurisdicción, CNUDMI, caso CPA núm. 2010-9 (10 de febrero de 2012) (TBI entre el Reino Unido y la Argentina).

¹⁰¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/03/24, 8 de febrero de 2005, párr. 198 (TBI entre Chipre y Bulgaria).

¹⁰² *Ibid.*, párr. 204.

¹⁰³ *Telenor*, párr. 91.

¹⁰⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft c. la República Argentina*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/04/14, 8 de diciembre de 2008, párr. 167 (TBI entre la Argentina y Alemania). El tribunal estimó que las disposiciones procesales no podían formar parte del alcance de una disposición NMF a menos que “la cláusula NMF del tratado básico indique clara e inequívocamente que debe interpretarse de esa manera; lo que no sucede en el presente caso”.

¹⁰⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/03/17, 16 de mayo de 2006, párr. 64 (TBI entre Francia y la Argentina y entre España y la Argentina).

¹⁰⁶ *Austrian Airlines*, párr. 95. El tribunal también se acogió a la afirmación de la Magistrada Higgins, en su opinión disidente en la causa relativa a las plataformas petrolíferas, de que no hay respaldo alguno en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) o de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en favor de un planteamiento restrictivo en la interpretación de las cláusulas compromisorias ni, de hecho, política alguna de ser más liberal o estricto en su interpretación: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepciones

103. En las decisiones más recientes de los tribunales para asuntos de inversiones ha encontrado poco respaldo la opinión de que, al ser la aplicación del trato NMF a los asuntos de solución de controversias una cuestión de jurisdicción, soporta mayor carga la parte que pretende invocar una disposición NMF; en cambio, sí ha contado con el apoyo de parte de la doctrina¹⁰⁷. Quienes se oponen al planteamiento también han mantenido que es incompatible con el derecho internacional general sobre la interpretación de las disposiciones jurisdiccionales. Ahora bien, el tribunal del caso *ICS* ha sugerido que el tribunal del caso *Plama* no estaba estableciendo una norma jurisdiccional, sino que se limitaba a señalar que no se podía presumir el consentimiento respecto de la jurisdicción¹⁰⁸.

2. Solución de controversias y jurisdicción

104. Recientemente, los tribunales han examinado con mayor detenimiento la cuestión de si la aplicación de cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias afecta a la jurisdicción de un tribunal. Se esgrime que los derechos sustantivos y los derechos procesales tienen diferente naturaleza en el derecho internacional porque, a diferencia de lo que sucede en el derecho interno, un derecho sustantivo no conlleva automáticamente un derecho procesal para exigir su efectividad¹⁰⁹. El hecho de que un Estado esté vinculado por una obligación sustantiva no quiere decir que pueda ser compelido a someter a litigio esa obligación. El derecho a demandar el enjuiciamiento exige que se acepte además la jurisdicción del tribunal enjuiciador¹¹⁰.

105. De acuerdo con esta perspectiva, a fin de hacer efectivos los derechos sustantivos recogidos en un TBI, un demandante tiene que satisfacer los requisitos *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis* para que un tribunal de solución de controversias ejerza su jurisdicción. Por ejemplo, una persona que no satisfaga los criterios previstos en un TBI para ser inversor no puede convertirse en inversor invocando una disposición NMF¹¹¹. Del mismo modo que no puede utilizarse el principio NMF para modificar las condiciones de ejercicio de los derechos sustantivos, tampoco puede utilizarse para cambiar las condiciones de ejercicio de los derechos procesales o jurisdiccionales. Un inversor que no haya satisfecho los requisitos para presentar una demanda contra el Estado demandado no puede eludir esos requisitos invocando las disposiciones procesales de otro TBI.

106. El asunto también se ha descrito en términos de consentir en el arbitraje¹¹². La jurisdicción de un tribunal depende de las condiciones fijadas en el correspondiente acuerdo de inversión, que sienta las bases sobre las cuales el Estado demandado ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción del tribunal. El cumplimiento de esas condiciones por parte del inversor demandante resulta fundamental para que el tribunal ejerza su jurisdicción respecto de la controversia. A menos que un Estado demandado renuncie a que concurran las condiciones para consentir en el ejercicio de

preliminares), fallo de 12 de diciembre de 1996, opinión disidente de la Magistrada Higgins, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 857 y ss., en especial párr. 35, citada en *Austrian Airlines*, párr. 120.

¹⁰⁷ Campbell MacLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2008), párr. 7168.

¹⁰⁸ *ICS c. la República Argentina*, párrs. 281 y 282.

¹⁰⁹ *Impregilo S.p.A. c. la República Argentina*, opinión concurrente y disidente de la Profesora Brigitte Stern, CIADI, caso núm. ARB/07/17, 21 de junio de 2011.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ De hecho, esta posición parece haber sido aceptada por el tribunal en *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, laudo parcial, CNUDMI, caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2009-11, 23 de mayo de 2011, párr. 149 (TBI entre los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaquia).

¹¹² Opinión separada y disidente del árbitro Christopher Thomas en *Hochtief AG c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/07/31, 24 de octubre de 2011 (TBI entre Alemania y la Argentina).

la jurisdicción, un tribunal carece de jurisdicción para conocer de una demanda aun cuando el demandante sea un inversor en el sentido del TBI en cuestión. De ahí que no se pueda utilizar el principio NMF para modificar la base del ejercicio de la jurisdicción.

107. El respaldo a la opinión de que el asunto versa sobre la jurisdicción ha venido de la mano de la decisión del tribunal en el caso *ICS c. la República Argentina*, que se basa en parte en la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *República Democrática del Congo c. Rwanda*¹¹³ de que cuando

“el consentimiento se ha expresado en una cláusula compromisoria de un acuerdo internacional, debe considerarse que las condiciones a que está sujeto tal consentimiento constituyen los límites de la competencia. Consiguientemente, la Corte considera que el examen de esas condiciones se refiere a su competencia y no a la admisibilidad de la demanda.”¹¹⁴

108. El tribunal del caso *ICS* concluyó que el requisito de 18 meses de litigio fijado en el TBI era un requisito previo para que la Argentina aceptara la presentación de una demanda ante el tribunal y que “el no respetar la precondición del consentimiento de la Demandada al arbitraje no puede sino llevar a la conclusión de que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la presente controversia”¹¹⁵.

109. Al decidir si el requisito de 18 meses de litigio era un asunto que se refería a la jurisdicción, el tribunal del *ICS* examinó el significado de la palabra “trato” del artículo 3 2) del TBI entre el Reino Unido y la Argentina. Aceptó que “trato” puede tener un significado amplio y que no hay limitaciones inherentes a los asuntos sustantivos. No obstante, aplicando lo que denominó principio de “contemporaneidad en la interpretación de los tratados”¹¹⁶, el tribunal consideró lo que las partes habrían entendido con aquel término en el momento en que se celebró el TBI. En vista de la jurisprudencia del momento, y del proyecto de directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa, el tribunal llegó a la conclusión de que lo más probable era que las partes hubieran considerado que el término “trato” tan solo se refería a las obligaciones sustantivas.

110. El tribunal del caso *ICS* también señaló: a) la limitación del trato NMF previsto en el TBI a la “gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación” de las inversiones; b) la limitación de la disposición NMF al trato del Estado receptor “dentro de su territorio”; c) el hecho de que las excepciones al trato NMF con arreglo al TBI se refieren únicamente a asuntos sustantivos; y d) la posible falta de sentido (falta de efecto útil) de incluir un requisito de 18 meses de litigio en un tratado cuando la parte contratante ya había celebrado tratados sin dicho requisito, por lo que el requisito de 18 meses de litigio habría perdido toda utilidad desde el principio por la aplicación de una disposición NMF. El tribunal concluyó que todos estos factores indicaban que en el momento de celebrar el TBI entre el Reino Unido y la Argentina las partes no podrían haber tenido la intención de incluir disposiciones sobre la solución internacional de controversias dentro del ámbito de aplicación de la cláusula NMF¹¹⁷.

111. El enfoque adoptado en el caso *ICS* fue reiterado en el caso *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina*¹¹⁸, en el que el tribunal concluyó que el

¹¹³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial párr. 88.

¹¹⁴ *ICS c. la República Argentina*, párr. 258.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 362.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 289.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 326. El tribunal aceptó que la solución nacional de controversias estaba cubierta por la disposición NMF, puesto que tenía lugar dentro del territorio del Estado receptor.

¹¹⁸ *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/05/1, 22 de agosto de 2012. La decisión se adoptó por mayoría y un árbitro disintió.

requisito de 18 meses de plazo era una condición anterior al ejercicio de la jurisdicción. Por consiguiente, no podría ser modificado por la aplicación del principio NMF. A una conclusión similar se llegó en el caso *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*¹¹⁹, en el que el tribunal estimó que, para que el Estado demandado consintiera en el arbitraje, debían concurrir las condiciones fijadas en el TBI, incluido el requisito del plazo de 18 meses. En vista de que el incumplimiento de dicha disposición conllevaba que se denegara la jurisdicción, el asunto no podía subsanarse aplicando una disposición NMF. Del mismo modo, en el caso *ST-AD GmbH (Germany) v. Republic of Bulgaria*¹²⁰, también se estimó que el incumplimiento del requisito de 18 meses de plazo privaba al tribunal de jurisdicción.

112. En cambio, en el caso *Hochtief* el tribunal estimó que un requisito de 18 meses de litigio en el ámbito nacional no es un asunto de jurisdicción¹²¹, sino de admisibilidad, algo que podría alegar como excepción una parte en la controversia, pero no necesariamente. El tribunal distinguió entre disposiciones que afectan al derecho a presentar una demanda (jurisdicción) y disposiciones que afectan a la forma en que debe presentarse una demanda (admisibilidad). Por consiguiente, el hecho de que el demandante hubiera ignorado el requisito de 18 meses de litigio previsto en el TBI entre Alemania y la Argentina y se hubiera acogido a disposiciones relativas a la solución de controversias del TBI entre la Argentina y Chile no afectaba a su jurisdicción¹²².

113. En el caso *Teinver*¹²³ el tribunal admitió la aplicación de una disposición NMF tanto a un requisito de 18 meses de plazo como a un período de 6 meses de negociación. El tribunal consideró que esas disposiciones eran relevantes para la admisibilidad pero no para la jurisdicción. No obstante, al parecer se llegó a esa conclusión basándose en un informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre las cláusulas NMF¹²⁴, que llamó casos de admisibilidad a los casos relacionados con el requisito de 18 meses de litigio y casos de “alcance de la jurisdicción” a otros en los que se invocaba una cláusula NMF en relación con la solución de controversias. En cualquier caso, el informe de la UNCTAD no explica por qué trata como casos de admisibilidad y no de jurisdicción aquellos que guardan relación con el requisito de 18 meses de litigio.

114. Los casos que no han permitido que se dejara de lado el requisito de los 18 meses comparten un planteamiento común. Tiene que haber pruebas de que la disposición NMF fue concebida para aplicarse al objeto de modificar las limitaciones jurisdiccionales del tribunal porque el consentimiento del Estado receptor se basaba en el cumplimiento de esas limitaciones. Ciertamente, el efecto implícito es exigir pruebas “claras e inequívocas” de la intención de alterar la jurisdicción de un tribunal, reintroduciendo el criterio del caso *Plama*, si bien por motivos diferentes.

¹¹⁹ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, decisión sobre el artículo VII.2 del Tratado Bilateral de Inversión entre Turquía y Turkmenistán, CIADI, caso núm. ARB/10/1, 2 de julio de 2013, puede consultarse en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf.

¹²⁰ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, laudo sobre jurisdicción, CNUDMI, caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2011-06, 18 de julio de 2013.

¹²¹ *Hochtief* (opinión de la mayoría).

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/09/01, 21 de diciembre de 2012.

¹²⁴ UNCTAD Series on International Investment Agreements vol. II, *Most Favoured-Nation Treatment*, 24 de enero de 2011, documento UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, págs. 66 y 67.

iii) *La intención específica de otras disposiciones de los tratados*

115. En algunos casos, al interpretar las disposiciones NMF, los tribunales han tenido en cuenta que el beneficio que se pretende obtener con el otro tratado ya está cubierto, de una forma diferente y más específica, en el propio tratado básico. En cierto modo, este es el elemento central del principio NMF: persigue aportar algo mejor de lo que el beneficiario recibiría de otro modo con arreglo al tratado básico. Partiendo de esta base, parecería inevitable que, si el tratado básico prevé un determinado tipo de trato, la consecuencia de aplicar una cláusula NMF sea la derogación de la disposición del tratado básico.

116. En el caso *RosInvest*, el tribunal consideró que el hecho de que la aplicación de la disposición NMF ampliara el alcance de la jurisdicción del tribunal era “un resultado normal de la aplicación de las cláusulas NMF, cuyo carácter e intención es que la protección no aceptada en un tratado sea ampliada transfiriendo la protección concedida en otro tratado”¹²⁵.

117. Ahora bien, también se ha adoptado la opinión contraria. En el caso *CME*, el árbitro disidente, Ian Brownlie, no estaba dispuesto a utilizar una cláusula NMF para importar al tratado una fórmula alternativa de indemnización, ya que ello dejaría sin sentido la disposición expresa del tratado relativa a la indemnización¹²⁶. En el caso *Austrian Airlines*, el tribunal consideró que las disposiciones concretas del tratado relativas a la jurisdicción eran en sí mismas una indicación clara de que las partes no tenían la intención de permitir que se ampliara la jurisdicción del tribunal por medio de una disposición NMF. A juicio del tribunal, la intención específica de esas disposiciones no podía ser invalidada por la intención general de la disposición NMF¹²⁷. El tribunal apuntaló esta conclusión examinando el historial de negociación del TBI entre Austria y Eslovaquia en el que se había rechazado una formulación más amplia de la jurisdicción del tribunal. En el caso *Berschader*, el tribunal examinó otras disposiciones del tratado para mostrar que había disposiciones a las que no se podía aplicar la cláusula NMF y que, por ende, la expresión “todos los asuntos cubiertos por el presente tratado” no podía entenderse en sentido literal¹²⁸.

118. En el caso *Austrian Airlines*, el tribunal también examinó la disposición NMF en el contexto de las otras disposiciones del tratado e hizo hincapié en el hecho de que el propio tratado preveía específicamente un ámbito limitado para el arbitraje. En opinión del tribunal, dado que en el tratado había una “intención manifiesta y específica” de limitar el arbitraje a controversias sobre la cuantía de la indemnización en contraposición a controversias sobre el principio de indemnización, “sería paradójico invalidar esa intención específica aludiendo a la intención general no específica expresada en la cláusula NMF”¹²⁹. En el caso *Tza Yap Shum*, el tribunal también estimó que la intención general de una disposición NMF debe dejar paso a la intención específica recogida en una disposición determinada del tratado básico¹³⁰.

¹²⁵ *RosInvest*, párr. 131. En el caso *Renta*, párr. 92, el tribunal afirmó que “la extensión de los compromisos forma parte de la naturaleza misma de las cláusulas NMF”.

¹²⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, opinión disidente sobre las cuestiones en la fase de la cuantía, CNUDMI, 14 de marzo de 2003, párr. 11 (TBI entre los Países Bajos y la República Checa); puede consultarse en: <http://italaw.com/cases/documents/282>.

¹²⁷ *Austrian Airlines*, párr. 137.

¹²⁸ *Berschader*, párr. 192.

¹²⁹ *Austrian Airlines*, párr. 135.

¹³⁰ *Señor Tza Yap Shum c. la República del Perú*, decisión sobre jurisdicción y competencia, CIADI, caso núm. ARB/07/6, 19 de junio de 2009, párr. 220 (TBI entre el Perú y China).

iv) *La práctica de las partes*

119. La otra práctica convencional de las partes en un TBI respecto del cual se ha invocado una cláusula NMF, ha sido considerada por algunos tribunales un medio para determinar la intención de las partes en cuanto al alcance de la cláusula NMF. En el caso *Maffezini*, el tribunal revisó la práctica convencional de España en tratados bilaterales de inversión y señaló que la práctica española consistía en permitir que se presentaran controversias sin el requisito de 18 meses impuesto en el TBI entre la Argentina y España. El tribunal también observó que el TBI entre la Argentina y España era el único TBI español que empleaba la formulación amplia “en todas las materias regidas por el presente Acuerdo” en su cláusula NMF¹³¹. No obstante, el tribunal no aclaró la relevancia jurídica de esta práctica ulterior de las partes ni la justificación interpretativa para referirse a ella.

120. En el caso *Telenor*¹³², el tribunal estimó que la práctica de las partes era relevante de una forma algo diferente. El hecho de que Hungría hubiera celebrado otros tratados bilaterales de inversión que no limitaban el alcance del arbitraje dio pie a que el tribunal concluyera que ciertamente se pretendía dar un alcance limitado al arbitraje en el TBI entre Hungría y Noruega. Por ende, no podía utilizarse la cláusula NMF para ampliar el alcance del arbitraje.

121. En el caso *Austrian Airlines*, el tribunal se basó en la otra práctica convencional de Eslovaquia para ratificar su conclusión¹³³. En cambio, el tribunal del caso *Renta* se negó a considerar la práctica de Rusia en sus otros tratados bilaterales de inversión y señaló que, puesto que su decisión se basaba en el texto del tratado bilateral de inversión que tenía ante sí, la práctica en otros tratados bilaterales de inversión no podía sustituir a ese texto¹³⁴.

122. No está claro con qué fundamento jurídico justifican los tribunales la referencia a la práctica ulterior de un solo Estado. ¿Es una ayuda a la interpretación basada en la Convención de Viena o es una forma independiente de verificar alguna intención implícita de las partes, o al menos de la parte contra la cual se presenta la demanda? En el caso *Plama*, el tribunal afirmó lo siguiente: “Es cierto que se pueden tener en cuenta los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados a efectos de aclarar el significado del texto de un tratado en el momento en que se concluyó”¹³⁵. No obstante, el tribunal no indica el motivo por el cual consideró que los tratados celebrados por un Estado con un tercero son relevantes para la interpretación de un tratado celebrado entre dicho Estado y otro Estado, aunque podría haberse basado implícitamente en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

v) *El momento relevante para determinar la intención de las partes*

123. La mayoría de tribunales no ha examinado el momento en el que debería determinarse la intención de las partes en un TBI. Sin embargo, en el caso *ICS*, el tribunal abordó la cuestión específicamente; indicó que el momento relevante era la celebración del tratado e interpretó el término “trato” sobre la base de su significado en aquel momento¹³⁶. Según el tribunal, debe aplicarse el principio de “contemporaneidad” en la interpretación de los tratados. Si bien ningún tribunal ha discrepado explícitamente de esta posición, los tribunales anteriores al caso *ICS* no habían examinado expresamente el significado de una cláusula NMF en la fecha en

¹³¹ *Maffezini*, párr. 57.

¹³² *Telenor*, párrs. 96 y 97.

¹³³ *Austrian Airlines*, párr. 134.

¹³⁴ *Renta*, párr. 120.

¹³⁵ *Plama*, párr. 195.

¹³⁶ *ICS c. la República Argentina*, párr. 289.

que se celebró el tratado. Habían estudiado los trabajos preparatorios pero, a falta de indicación alguna en estos, se interpretaba la cláusula NMF sin mencionar si se le otorgaba un significado contemporáneo o actual.

vi) *El contenido de la disposición que se pretende modificar invocando una disposición NMF*

124. Cabe preguntarse si el contenido de la disposición del tratado básico que se va a ver afectada ha influido en la voluntad de los tribunales de permitir invocar una cláusula NMF. En este sentido, conviene destacar que, de los 18 casos en los que hasta ahora se ha invocado con éxito una disposición NMF, 12 han guardado relación con la misma disposición, una obligación de presentar una demanda ante los tribunales nacionales y litigar durante 18 meses antes de invocar la solución de controversias prevista en el tratado bilateral de inversión. En cada caso, el efecto de la disposición NMF fue el de eximir al demandante de la obligación de litigar en la jurisdicción interna durante ese plazo de 18 meses. Los casos se referían a tratados bilaterales de inversión suscritos por la Argentina con Alemania, España y el Reino Unido. Aunque el efecto sustantivo del requisito de 18 meses de litigio era el mismo, las disposiciones NMF invocadas no estaban formuladas de la misma manera.

125. En el caso *Plama*, se apuntó la opinión de que la naturaleza de la disposición del tratado básico podía haber influido en el resultado; en aquel caso, el tribunal (que no tenía ante sí un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción interna) dijo que la decisión en el caso *Maffezini* era “comprensible”, puesto que intentaba neutralizar una disposición que “carecía de sentido desde un punto de vista práctico”¹³⁷.

126. En el caso *Abaclat c. la República Argentina*¹³⁸, el tribunal argumentó que el hecho de aplazar el derecho de un inversor a presentar una demanda durante 18 meses era incompatible con el objetivo expreso del tratado bilateral de inversión de facilitar una solución de controversias sin dilaciones y, por lo tanto, podía ser ignorado por el demandante. En cambio, esta opinión fue rechazada por el tribunal en el caso *ICS c. la República Argentina*, que afirmó que un tribunal no puede “crear excepciones a las normas de los tratados cuando estas meramente se fundan en la evaluación de la sabiduría de la política en cuestión”¹³⁹.

127. Por regla general, han sido infructuosos los intentos de utilizar el principio NMF para añadir otros tipos de disposiciones de solución de controversias que fueran más allá del plazo de 18 meses de litigio. En el caso *Salini*, se invocó una disposición NMF para cambiar el procedimiento de solución de controversias por el de controversias contractuales. En el caso *Plama*, se invocó una disposición NMF para modificar el proceso de solución de controversias y pasar de un arbitraje *ad hoc* a la solución de controversias del CIADI. Así, se trataba de cambiar una forma de arbitraje por otra, intentos que, no obstante, fueron rechazados por ambos tribunales.

¹³⁷ *Plama*, párr. 224. Ahora bien, no queda claro por qué se consideró que no tenía sentido la disposición relativa a los 18 meses de litigio en la jurisdicción interna. Brindaba la oportunidad de resolver el asunto en los tribunales internos, una forma limitada del requisito de agotamiento de los recursos internos con una garantía de que no se podría detener al inversor más de 18 meses.

¹³⁸ La mayoría en el caso *Abaclat* no entró a analizar ninguna cláusula NMF. En cambio, el tribunal sí examinó un requisito de 18 meses de litigio bajo el epígrafe “Admisibilidad de la reclamación”. *Abaclat y otros c. la República Argentina (Caso denominado anteriormente Giovanna a Beccara y otros)*, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, CIADI, caso núm. ARB/07/5, 4 de agosto de 2011 (TBI entre Italia y la Argentina). El árbitro Georges Abi-Saab expresó la opinión contraria en su disensión, párrs. 31 a 33.

¹³⁹ Asimismo, el tribunal en el caso *ICS* declaró que no tenía ante sí prueba alguna que le llevara a concluir que los tribunales argentinos no fueran efectivos en el examen del asunto *ICS c. la República Argentina*, párrs. 267 a 269. Véase también la opinión disidente del árbitro J. Christopher Thomas en *Hochtief*.

128. En sentido contrario, un tribunal ha permitido a un demandante invocar el trato NMF para sustituir una forma de solución de controversias por otra. En el caso *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*¹⁴⁰, el tribunal decidió que, cuando el recurso al arbitraje del CIADI previsto en el tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Turkmenistán solo fuera posible con el consentimiento del demandado, que no lo había prestado, el consentimiento al arbitraje del CIADI podría fundamentarse en otros tratados bilaterales de inversión celebrados por Turkmenistán e importarse al TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán mediante la aplicación del principio NMF. Por consiguiente, el arbitraje de acuerdo con el reglamento de la CNUDMI, que era la posición alternativa de conformidad con el TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán a falta de acuerdo sobre otra forma de solucionar las controversias, fue sustituida por el arbitraje del CIADI mediante el trato NMF.

129. No obstante, incluso si los casos en los que rige un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción interna se pueden explicar en parte con la postura de que el requisito concreto era algo trivial, el razonamiento de los tribunales no se fundamenta en realidad en la importancia relativa de una disposición que contenga un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción interna. Tal y como se ha apuntado anteriormente, en muchos casos el razonamiento se fundamentaba en la suposición de que las cláusulas NMF de los tratados bilaterales de inversión abarcan por su misma naturaleza la solución de controversias.

130. Otros casos que han permitido recurrir al principio NMF para lograr beneficiarse de las disposiciones de tratados con terceros guardan relación con cuestiones sustantivas y no procesales. En el caso *RosInvest*, el tribunal consideró que, sobre la base de la cláusula NMF en el TBI entre el Reino Unido y la U.R.S.S., tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la legalidad de una presunta expropiación y no solo sobre la cuestión más limitada de asuntos relacionados con la indemnización, que era lo previsto por dicho tratado bilateral de inversión.

131. No obstante, dos tribunales han rechazado utilizar el principio NMF de esa forma. En el caso *Renta*, la mayoría del tribunal no estaba dispuesta a interpretar la disposición NMF del acuerdo entre España y Rusia de modo que se admitieran demandas más allá de la indemnización por expropiación porque, a su juicio, la disposición NMF en cuestión se aplicaba solo a la concesión de un trato justo y equitativo¹⁴¹. El tribunal del caso *Austrian Airlines* concluyó igualmente, a partir de la interpretación de la cláusula NMF, que esta no podía ir más allá del reconocimiento expreso de jurisdicción para abordar asuntos relacionados con la indemnización en caso de expropiación¹⁴².

132. En el caso *MTD*, el tribunal se mostró dispuesto a ampliar el alcance del trato justo y equitativo en el marco del TBI entre Chile y Malasia remitiéndose al trato justo y equitativo previsto en los tratados bilaterales de inversión entre Chile y Dinamarca y entre Chile y Croacia. No obstante, al parecer ninguna de las partes cuestionó la capacidad del tribunal para hacer esto, si bien no estaban de acuerdo con todas las implicaciones que conllevaba haberlo hecho¹⁴³.

¹⁴⁰ *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*, decisión sobre la excepción a la jurisdicción, 3 de julio de 2013, CIADI, caso núm. ARB/11/20; decisión adoptada por la mayoría. La árbitra Laurence Boisson de Chazournes adjuntó una opinión disidente.

¹⁴¹ *Renta*, párrs. 105 a 119.

¹⁴² *Austrian Airlines*, párrs. 138 y 139.

¹⁴³ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, puede consultarse en: http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf.

133. Igualmente en el caso *Telsim*¹⁴⁴, las partes parecían estar de acuerdo en que, como resultado de la disposición NMF, había que interpretar el trato justo y equitativo en el marco del TBI entre Turquía y Kazajstán a la luz del significado de trato justo y equitativo que se encontraba en otros tratados bilaterales de inversión en los que Kazajstán era parte. Asimismo, en el caso *Bayindir*¹⁴⁵, no se planteó ninguna objeción al principio general de que, como consecuencia de la cláusula NMF, el contenido del “trato justo y equitativo”, en el marco del TBI entre Turquía y el Pakistán, debía ser determinado a la luz de las disposiciones sobre el trato justo y equitativo de otros tratados bilaterales de inversión celebrados por el Pakistán.

134. Únicamente en un caso añadió un tribunal contenido sustantivo a las obligaciones de las partes sobre la base de una disposición NMF en vista de la objeción de una de las partes. En el caso *CME*, la mayoría del tribunal concluyó que el término “indemnización justa” que figuraba en el TBI entre los Países Bajos y la República Checa debía interpretarse en el sentido de “justo valor de mercado”, en parte porque fue recogido sobre la base de la disposición NMF para incorporar el concepto de “justo valor de mercado” contemplado en el TBI entre los Estados Unidos y la República Checa¹⁴⁶.

vii) *Uniformidad en la toma de decisiones*

135. Si bien los tribunales han señalado que las decisiones de otros tribunales no sientan precedente formal, el deseo de uniformidad ha influido claramente en la toma de decisiones. Pocos tribunales lo han afirmado de una manera tan explícita como la mayoría en el caso *Impregilo*:

“Sin embargo, en aquellos casos en que la cláusula NMF ha hecho referencia a ‘todas las demás cuestiones’ o a ‘toda cuestión’ regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias. Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluye que *Impregilo* tiene derecho a sustentar su reclamo, en este aspecto, sobre la base de las normas de resolución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos.”¹⁴⁷

136. En efecto, la mayoría estimó que, al menos en lo que se refería a las cláusulas NMF formuladas de manera amplia y al requisito de emprender acciones y litigar durante 18 meses, había quedado resuelta la cuestión de la aplicabilidad de una cláusula NMF.

viii) *La definición de trato “no menos favorable”*

137. Se pone de manifiesto la dificultad de determinar qué trato es menos favorable cuando se usa la cláusula NMF para sustituir una forma de solución de controversias por otra. Algunos tribunales han cuestionado si es correcto comparar disposiciones de un tratado con un tercero con las disposiciones del tratado básico¹⁴⁸. Si el tratado básico contiene un requisito de 18 meses de litigio y el tratado con un tercero no lo contiene pero sí prevé una disposición de bifurcación en el camino, ¿es correcto que el

¹⁴⁴ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/05/16, 29 de julio de 2008, párrs. 581 a 587 y 591 a 605 (TBI entre Turquía y Kazajstán), puede consultarse en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>.

¹⁴⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/03/29, 27 de agosto de 2009, párr. 153 (TBI entre Turquía y Pakistán), puede consultarse en: <http://www.italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf>.

¹⁴⁶ *CME*, párr. 500.

¹⁴⁷ *Impregilo*, párr. 108.

¹⁴⁸ *Ibid.*; véase también *Hochtief*.

tratado con un tercero conceda un trato más favorable? Por una parte, debe transcurrir un plazo de 18 meses antes de invocar las disposiciones sobre solución de controversias del TBI en el marco del tratado básico, si bien el inversor accede tanto a los procedimientos nacionales como a los internacionales. Por otra parte, el inversor, en virtud del tratado con un tercero, accede a la solución internacional de controversias antes, si bien pierde la posibilidad de poder acceder tanto a la solución de controversias internacional como a la nacional. ¿Qué trato es más favorable?

138. El tribunal del caso *ICS* estimó que un inversor que se acogiera a una disposición NMF para evitar el requisito de 18 meses de litigio estaría sujeto a la disposición de “bifurcación en el camino” del tratado con un tercero¹⁴⁹. Para el tribunal del caso *Garanti Kos* era difícil afirmar que el arbitraje del CIADI fuera objetivamente más favorable que el de la CNUDMI; si bien eran “incuestionablemente diferentes”¹⁵⁰. El tribunal acabó concluyendo que era mejor poder elegir que no tener esa opción y permitió al demandante importar el arbitraje del CIADI sobre la base de la disposición NMF del tratado básico¹⁵¹.

139. En las primeras decisiones de los tribunales para asuntos de inversiones no se examinó en detalle la cuestión de si la disposición del tratado con un tercero al que uno se desea acoger es de hecho más favorable que la disposición del tratado básico que se quiere eludir. Por regla general, se ha entendido que no tener que litigar ante los tribunales nacionales durante 18 meses es más favorable que tener que esperar y litigar. No obstante, esta presunción no es categórica a menos que se pongan en entredicho los tribunales nacionales en cuestión.

ix) *La existencia de excepciones de políticas*

140. El tribunal del caso *Maffezini*, al parecer preocupado por las implicaciones de gran trascendencia de su decisión, fijó determinadas excepciones de “políticas públicas” en las que no se podía aplicar una disposición NMF a asuntos procesales¹⁵². Si bien tribunales posteriores han respaldado la idea de que son necesarias algunas excepciones de políticas públicas, no las han alegado como justificación de su decisión, a pesar de que en algunos casos podrían haber sido de aplicación. Por ejemplo, en el caso *Garanti Kos*, el tribunal sustituyó el arbitraje del CIADI por el de la CNUDMI, algo que las excepciones de políticas establecidas en el caso *Maffezini* prohibían. El Grupo de Estudio tomó nota de las razones discrepantes aducidas para permitir o prohibir el uso de una cláusula NMF como fundamento para modificar las disposiciones sobre solución de controversias de tratados bilaterales de inversión y observó que a veces los distintos enfoques se basaban en diferentes presunciones y no en una contradicción directa en el razonamiento.

¹⁴⁹ *ICS c. la República Argentina*, párrs. 318 a 325.

¹⁵⁰ *Garanti Kos*, párr. 92.

¹⁵¹ *Ibid.*, párrs. 94 a 97.

¹⁵² Véanse los párrs. 88 a 90.

Tercera parte

Consideraciones a la hora de interpretar las cláusulas NMF

A. Consideraciones de políticas relacionadas con la interpretación de los acuerdos de inversión

1. Asimetría en las negociaciones de un tratado bilateral de inversión

141. En el pasado, los acuerdos de inversión se celebraban en gran medida entre países desarrollados y países en desarrollo y se presumían la asimetría y la desigualdad en el poder de negociación¹⁵³. Hoy en día, muchos tratados bilaterales de inversión se celebran entre países desarrollados o entre países en desarrollo, de modo que no cabe esa apreciación.

142. Puede hacerse un análisis más profundo del proceso de negociación de los acuerdos de inversión. Algunos países tienen su propio modelo de tratado bilateral de inversión, de forma que las negociaciones con otros países suelen basarse en ese acuerdo modelo. Por ello, en vez de empezar desde cero, las negociaciones conllevan aceptar o modificar el modelo de acuerdo preparado de antemano por una parte. Así, estas negociaciones pueden dar lugar a lo sumo a modificaciones en la formulación de determinadas disposiciones, y no a un acuerdo completamente nuevo.

143. Sin perjuicio de ello, en realidad los acuerdos de inversión se parecen en muchos aspectos fundamentales, con independencia de las partes y del modelo de acuerdo que se siga, lo cual no resulta sorprendente. Los acuerdos de inversión modernos se fundamentan en determinadas disposiciones centrales: trato NMF, trato nacional, trato justo y equitativo, prohibición de expropiaciones salvo que concurren determinadas condiciones y disposiciones sobre solución de controversias, incluida la solución de controversias entre los inversores y el Estado. Tanto si ha habido asimetría en las negociaciones como si no, parece que se llega a un resultado similar.

144. Tras examinar esta cuestión de la asimetría, el Grupo de Estudio estimó que, si bien se trataba de un factor que contribuía a entender en mayor medida el ámbito del derecho internacional en materia de inversiones, no era un factor relevante para la interpretación de los distintos acuerdos de inversión.

2. La especificidad de cada tratado

145. Varios Estados han afirmado que las disposiciones NMF son específicas de cada tratado¹⁵⁴ y que, por tanto, son poco adecuadas para que se adopte un planteamiento uniforme¹⁵⁵. No cabe duda de que las disposiciones NMF relativas a las inversiones figuran en gran medida en tratados bilaterales de inversión diferentes y de que en cada acuerdo se ha formulado de manera particular la disposición NMF.

146. Al mismo tiempo, las disposiciones NMF, con independencia de su historia de negociación o del acuerdo en el que figuren, persiguen un mismo objetivo. En 1978, en el proyecto de artículo 4, la Comisión definió la cláusula NMF como “una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado contrae respecto de otro

¹⁵³ Jeswald W. Salacuse y Nicholas P. Sullivan, “Do BIT’s Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), págs. 67 y ss., en especial pág. 78.

¹⁵⁴ A/C.6/65/SR.25, párrs. 75 y 76 (Portugal); A/C.6/66/SR.27, párr. 49 (Irán (República Islámica del)); A/C.6/66/SR.27, párr. 78 (Portugal); A/C.6/66/SR.28 (Reino Unido); A/C.6/67/SR.23 (Irán (República Islámica del)).

¹⁵⁵ A/C.6/65/SR.26, párr. 17 (Estados Unidos de América); A/C.6/66/SR.27, párr. 94 (Estados Unidos de América).

Estado la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones”. En el proyecto de artículo 5, la Comisión definió el trato de la nación más favorecida como “el trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario (...) no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado”. En otras palabras, con independencia de la redacción específica, si una cláusula de un tratado otorga un trato no menos favorable que el concedido a Estados terceros, se trata de una cláusula NMF. Tiene el mismo carácter que cualquier otra cláusula NMF y comparte el mismo objetivo general.

147. Ahora bien, el modo en que se logra ese objetivo general depende de la formulación concreta que se utilice para expresar la obligación del trato NMF, su alcance, su cobertura y sus beneficiarios. Por ello, la cuestión clave del *ejusdem generis* (cuál es el alcance del trato que se puede reclamar) tiene que determinarse caso por caso.

148. No obstante, el Grupo de Estudio consideró que el objetivo común de todas las disposiciones NMF, junto con la similitud del lenguaje usado en muchos acuerdos de inversión, supone que la interpretación de una disposición NMF de un acuerdo de inversión puede servir de guía para interpretar una disposición de este tipo de otro acuerdo. De hecho, los tribunales para asuntos de inversiones han tenido en cuenta disposiciones de otros acuerdos distintos del acuerdo que tenían ante sí para interpretar una disposición NMF.

149. No obstante, la interpretación de toda disposición NMF debe respetar los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por ello, si bien puede servir de orientación el significado del trato NMF previsto en otros acuerdos, cada disposición NMF debe ser interpretada tomando como base su propia formulación y el contexto que la rodea en el acuerdo en el que figure. Así pues, no hay base para concluir que haya una única interpretación de las disposiciones NMF que pueda aplicarse a todos los acuerdos de inversión.

B. El arbitraje en la solución de controversias en materia de inversiones como “arbitraje mixto”

150. En 1978, la Comisión previó que la condición de beneficiario de una disposición NMF no se limitara a los Estados partes en un acuerdo que contuviera dicha disposición, sino que también pudieran acogerse a ella “personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado”¹⁵⁶. En los acuerdos de inversión, los Estados suelen ofrecer el trato NMF no solo a otro Estado, sino también a los inversores o inversiones de aquel otro Estado. En aquel momento, la Comisión no quiso examinar en mayor medida las implicaciones de que el beneficiario fuera una persona y decidió no avanzar más en la cuestión en vista de que el proyecto de artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no se ocupaba de la aplicación de los tratados a las personas.

151. Sin embargo, en términos prácticos, en el momento en que se elaboró el proyecto de artículos de 1978 había muy poca práctica que se pudiera examinar en relación con personas beneficiarias. Corresponde al Estado beneficiario exigir al Estado concedente el cumplimiento de la obligación de otorgar el trato NMF. De no otorgar dicho trato se incumpliría el tratado de modo que, en caso de que hubiera un foro para ello, se podría presentar una demanda interestatal. No había ningún foro internacional al que pudiera acceder un inversor para demandar a un Estado extranjero, si bien la podía haber presentado ante los tribunales internos de aquel Estado si las obligaciones dimanantes del respectivo tratado se hubieran incorporado en el derecho interno o si la legislación

¹⁵⁶ *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), pág. 22 (proyecto de artículo 5).

nacional hubiera previsto el derecho independiente a emprender acciones. En dichas situaciones, la demanda presentada contra el Estado concedente ante los tribunales nacionales se fundamentaría en un derecho que no derivaría del tratado, sino de la legislación nacional del Estado concedente.

152. La llegada de la solución de controversias entre inversores y Estados supuso un cambio radical en este ámbito, ya que permitía al inversor presentar una demanda independientemente de su Estado, dirigida directamente contra el Estado concedente, en un mecanismo de solución de controversias creado por las partes en el acuerdo de inversión. El resultado ha sido que los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados han creado una jurisprudencia sustancial sobre la interpretación de los acuerdos de inversión y, en particular, de las cláusulas NMF.

153. Sin embargo, la naturaleza mixta del arbitraje entre inversores y Estados plantea retos particulares para la interpretación de los acuerdos de inversión. El acuerdo se celebra entre Estados y, por tanto, es un tratado. En cambio, el foro en el que se interpreta presenta cierta analogía con el arbitraje comercial, que históricamente es una institución de derecho privado más que de derecho público. Por ello, el hecho de que el intérprete en cuestión vea el acuerdo como un instrumento de derecho internacional más que como un arreglo contractual puede afectar a la forma en que se interprete una disposición NMF.

154. Pueden surgir cuestiones sobre la condición de los tribunales que participan en el arbitraje “mixto” y sobre el producto de su labor. Estos tribunales son “mixtos” en el sentido de que las partes en la controversia no tienen el mismo estatus en derecho internacional. En los días de los acuerdos de concesión, el propio acuerdo se celebraba entre una entidad de derecho internacional público, el Estado, y una entidad de derecho privado, la persona o la empresa con la que se celebraba. Una inquietud inicial al respecto era si dichos acuerdos, en los que solo una parte estaba sujeta al derecho internacional, se regían por el derecho internacional o por el derecho interno; además se debatían los conceptos de derecho transnacional y de derecho cuasiinternacional.

155. Los acuerdos de inversión evitan este problema porque son claramente tratados. No obstante, una controversia regida por una disposición sobre solución de controversias entre inversores y Estados sigue siendo una controversia entre partes de diferente estatus con arreglo al derecho internacional. Por ello, se ha afirmado que el árbitro que participa en un arbitraje mixto relativo a una reclamación presentada por un litigante privado, en lo que de otro modo podría considerarse una reclamación de derecho interno, tiene una misión y una función no muy diferentes de las de un juez que aplica el derecho interno¹⁵⁷. En ese sentido, puede considerarse que la solución de controversias entre inversores y Estados es una alternativa al litigio en la jurisdicción interna, un punto reforzado por las disposiciones de “bifurcación en el camino” comunes en los acuerdos de inversión en virtud de las cuales un inversor que plantee una reclamación tiene que optar en un determinado momento entre el litigio en la jurisdicción interna o la solución de controversias entre inversores y Estados.

156. No obstante, el tribunal que conoce de una controversia de esta índole, que es un tribunal establecido en el marco de un mecanismo convenido por los Estados, tiene que interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado. No suele aplicar disposiciones del derecho interno, si bien en algunos casos el tratado puede requerir que este se aplique. Asimismo, si el tribunal se establece en el marco del CIADI, tiene el mandato

¹⁵⁷ Sobre el solapamiento entre los aspectos públicos y privados del arbitraje internacional, véase: Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), cap. 3.

específico de aplicar “aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”¹⁵⁸.

157. El Grupo de Estudio llegó a la conclusión de que la naturaleza “mixta” del arbitraje que tiene por objeto resolver controversias entre inversores y Estados no justifica un enfoque diferente respecto de la aplicación de las normas sobre interpretación de los tratados cuando se examinan disposiciones NMF. El acuerdo de inversión es un tratado cuyas disposiciones han sido convenidas por los Estados. El inversor particular no tuvo papel alguno en la creación de las obligaciones dimanantes del tratado, sino que simplemente tiene derecho a presentar una reclamación con arreglo al tratado. En tanto que tratado, debe ser interpretado de acuerdo con las normas aceptadas del derecho internacional que regulan la interpretación de los tratados.

C. La relevancia contemporánea del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF

158. Como señaló anteriormente el Grupo de Estudio, el proyecto de artículos de 1978 preveía que el beneficiario de una disposición NMF pudiera ser una persona o una entidad que se hallara “en determinada relación” con el Estado beneficiario. Sin embargo, no tuvo en cuenta las implicaciones de esa posibilidad, puesto que consideraba que los derechos individuales escapaban a su mandato. No obstante, con frecuencia, los tribunales que resuelven controversias entre inversores y Estados se remiten al proyecto de artículos como ley básica sobre las disposiciones NMF, en particular en relación con el principio *ejusdem generis*.

159. No obstante, el Grupo de Estudio señaló que, si bien el proyecto de artículos de 1978 constituye la norma fundamental sobre la definición y el significado de las cláusulas NMF y el trato NMF y establece los principios básicos, no ofrece orientación sobre cuestiones específicas de interpretación que puedan suscitarse de acuerdo con los términos realmente utilizados en un tratado concreto. El proyecto de artículos de 1978 no resuelve, o al menos no directamente, la cuestión de si se puede modificar una disposición procesal relativa a la solución de controversias tomando como base una disposición NMF.

160. El Grupo de Estudio considera que las disposiciones fundamentales del proyecto de artículos de 1978¹⁵⁹, que nunca han sido cuestionadas y sí aplicadas frecuentemente, siguen siendo una fuente importante de derecho internacional a la hora de examinar la definición, el alcance y la aplicación de las cláusulas NMF.

Cuarta parte

Guías para la interpretación de las cláusulas NMF

161. Esta parte presenta un marco para aplicar adecuadamente los principios y reglas de la interpretación de los tratados a las cláusulas NMF. A partir de sus análisis anteriores, el Grupo de Estudio concluyó que hay tres cuestiones centrales en torno a la forma en que los tribunales han abordado la interpretación de las cláusulas NMF en relación con las disposiciones sobre solución de controversias. En primer lugar, ¿son las disposiciones NMF susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión? En segundo

¹⁵⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159, art. 42.

¹⁵⁹ Véanse especialmente los arts. 1 a 14, *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), págs. 17 a 40.

lugar, ¿afectan a la jurisdicción de un tribunal las condiciones fijadas en los tratados bilaterales de inversión respecto a qué disposiciones de solución de controversias pueden ser invocadas por los inversores? En tercer lugar, al determinar si una disposición NMF de un tratado bilateral de inversión se aplica a las condiciones para invocar la solución de controversias, ¿qué factores son relevantes en el proceso de interpretación? Estas cuestiones son objeto de análisis en las secciones que figuran a continuación.

A. Las disposiciones NMF son susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión

162. Si bien la postura despertó polémica en algunas de las primeras decisiones de los tribunales, hay pocas dudas de que, en principio, las disposiciones NMF pueden ser aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias de los TBI. Ello es así pese a que, inicialmente, ese argumento pueda haberse basado en una interpretación errónea de lo que la Comisión de Arbitraje quiso decir en el caso *Ambatielos* cuando afirmó que la “administración de justicia” entraba en el alcance de una disposición NMF que se refería a “todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación”. La Comisión estaba refiriéndose en aquel momento al acceso a los tribunales del Reino Unido para hacer valer derechos sustantivos y no al derecho a alterar las condiciones en las que se puede invocar la solución de controversias. Sin embargo, aquello parece ahora de poca importancia. Se trata fundamentalmente de una cuestión de autonomía de las partes; las partes en un TBI pueden incluir, si lo desean, las condiciones para acceder a la solución de controversias dentro del ámbito de aplicación de una disposición NMF. La cuestión en cada caso es si lo han hecho o no.

163. En este sentido, es ciertamente una cuestión de interpretación de los tratados que cabe responder únicamente respecto de cada caso concreto. Cuando las partes han incluido explícitamente las condiciones para acceder a la solución de controversias dentro del marco de la disposición NMF¹⁶⁰, no surgen dificultades. Del mismo modo, cuando las partes han excluido explícitamente la aplicación del principio NMF a las condiciones para acceder a la solución de controversias, no se plantean dificultades. Sin embargo, la inmensa mayoría de disposiciones NMF que figuran en los TBI en vigor no explicitan ese punto y, por tanto, se plantea la cuestión de cómo deben interpretarse dichas disposiciones en cada caso. No obstante, como mínimo puede afirmarse que no es necesario que los tribunales que interpretan las disposiciones NMF de los TBI lleven a cabo una investigación sobre si dichas disposiciones pueden ser en principio aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias.

B. Las condiciones relativas a la solución de controversias y la jurisdicción de un tribunal

164. Ahora bien, si se acepta que se trata de una cuestión de interpretación, surge la pregunta de si hay algún elemento en el carácter de las disposiciones NMF o de las disposiciones sobre las condiciones para que los inversores tengan acceso a la solución de controversias que pueda ser relevante para el proceso de interpretación. En este sentido, sigue siendo relevante la cuestión de si esos asuntos entran dentro de la jurisdicción de un tribunal. Existen algunos parámetros (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, etc.) dentro de los cuales debe aplicarse una disposición

¹⁶⁰ Modelo de TBI del Reino Unido, 2008; puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>.

NMF¹⁶¹, por lo que la pregunta pasa a ser si las condiciones para acceder a la solución de controversias son en sí mismas un parámetro relevante.

165. La interpretación y aplicación de una disposición NMF no puede quedar completamente abierta. Tal y como estipula el proyecto de artículo 14 del proyecto de artículos de 1978:

“El ejercicio de los derechos que dimanen de la cláusula de la nación más favorecida para el Estado beneficiario o las personas o cosas que se hallen en determinada relación con ese Estado estará sujeto al cumplimiento de los términos y condiciones pertinentes establecidos en el tratado que contenga la cláusula o convenidos de otro modo por el Estado concedente y el Estado beneficiario.”

166. No cabe duda de que, si en un TBI un Estado ha consentido en reconocer como inversores a determinadas categorías de personas, no se puede invocar una disposición NMF para cambiar esas categorías¹⁶². Un tribunal constituido de acuerdo con el tratado bilateral de inversión simplemente carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los derechos de una entidad que no sea un inversor. La pregunta es si una limitación del acceso a la solución de controversias, como un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción nacional, es una limitación jurisdiccional similar aplicable a los inversores reconocidos como tales.

167. La respuesta depende, en parte, de si nos encontramos ante una cuestión de jurisdicción o ante una cuestión de admisibilidad. La distinción entre jurisdicción y admisibilidad no siempre está clara y los términos se utilizan a menudo indistintamente¹⁶³. No obstante, se dice que dicha distinción se fundamenta en la diferencia entre excepciones dirigidas al tribunal y excepciones dirigidas a la demanda¹⁶⁴.

168. Partiendo de esta base, se podría argumentar que el requisito de 18 meses de litigio es una condición que determina si el inversor puede presentar o no una demanda, por lo que se refiere a la jurisdicción del tribunal: no es un asunto de la demanda en concreto que presenta el inversor, sino que ese inversor no puede entablar ninguna demanda a no ser que se haya satisfecho el requisito de los 18 meses de litigio.

169. En opinión del Grupo de Estudio, estos enfoques contradictorios reflejan lo que se ha mencionado anteriormente: una diferencia entre quienes consideran que los acuerdos de inversión son instrumentos de derecho internacional público y quienes entienden que la solución de controversias entre inversores y Estados tiene más bien una naturaleza de derecho privado similar a los arreglos contractuales. Para el primer grupo, la jurisdicción y el consentimiento al arbitraje son asuntos de gran interés para los Estados, mientras que para el segundo se trata meramente de una cuestión de significado del término “trato” o de cualquier lenguaje similar que reconozca el derecho del beneficiario.

170. La consecuencia práctica de estos distintos enfoques es que quienes se centran en el aspecto de derecho internacional público de los acuerdos de inversión se inclinan por considerar que el requisito de 18 meses de litigio es similar a una norma de

¹⁶¹ Véase también el párr. 105 *supra*.

¹⁶² Véase *HICEE*, párr. 149.

¹⁶³ Véase con carácter general: Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4ª ed. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), págs. 505 a 586.

¹⁶⁴ Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility” en Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi y Anne Marie Whitesell (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (París: ICC Publishing, 2005) págs. 601 y ss., en especial pág. 616.

agotamiento de los recursos internos. Quienes ven ese tipo de acuerdos más en términos de arbitraje privado o comercial tienden a considerar ese requisito como una disposición de demora que tiene el efecto de posponer el derecho de un inversor a presentar una demanda, por lo que sería contrario al objetivo general de un TBI de crear condiciones favorables a la inversión.

171. La característica común de los enfoques “jurisdiccionales” es que una disposición NMF, a menos que lo diga claramente o que concurran circunstancias contextuales particulares, no puede alterar las condiciones de acceso a la solución de controversias. Es siempre una cuestión de interpretación de los tratados, pero la interpretación de los tratados parte de la presunción inicial de que una disposición NMF no se aplica automáticamente a las disposiciones sobre solución de controversias de un TBI. Ello contrasta con las presunciones iniciales de varios tribunales de que las disposiciones NMF son a primera vista aplicables a la solución de controversias, ya que esta forma parte de las protecciones previstas en un TBI. Según este planteamiento, la disposición NMF se aplica a la solución de controversias a menos que se pueda demostrar que las partes en el TBI no tenían la intención de que se aplicara de esa manera.

172. El Grupo de Estudio ha considerado que este debate en parte conceptual sobre la naturaleza de los acuerdos de inversión y las presunciones a las que lleva en relación con su interpretación no es algo sobre lo que se pueda ofrecer una solución definitiva. Los acuerdos de inversión tienen elementos de naturaleza pública y de naturaleza privada. La imposibilidad de contar con una respuesta formal definitiva es la consecuencia de someter el asunto a un arbitraje “mixto” con árbitros “*ad hoc*”. En un sistema “cerrado”, como la OMC, un tribunal de apelaciones podría dilucidar el asunto y, acertara o errara, sería la respuesta a todos los casos que se planteasen dentro del sistema. No se da esa oportunidad en el caso de la solución de controversias entre inversores y Estados. Tampoco es apropiado, en opinión del Grupo de Estudio, que la Comisión desempeñe tal papel.

173. Con todo, el Grupo de Estudio observa que las conclusiones sobre la aplicabilidad de las cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias deben basarse en la interpretación y el análisis de las disposiciones en cuestión y no en presunciones sobre la naturaleza de los acuerdos de inversión o de los derechos que en ellos se otorgan.

C. Factores relevantes para determinar si una disposición NMF es aplicable a las condiciones para invocar la solución de controversias

174. Dado que los TBI son acuerdos internacionales, son aplicables a su interpretación las normas de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶⁵. La regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena es que 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”¹⁶⁶. Se ha dicho que esta

¹⁶⁵ Por norma general, se entiende que estas disposiciones sobre la interpretación reflejan el derecho internacional consuetudinario.

¹⁶⁶ *Anuario...1966*, vol. II, pág. 242, párr. 11.

fórmula “se basaba claramente en la opinión de que ha de presumirse que el texto del tratado es la auténtica expresión de la intención de las partes”¹⁶⁷.

175. Los tribunales para asuntos de inversiones adoptan comúnmente en sus decisiones la postura de que las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fijan el marco jurídico correcto para interpretar las disposiciones NMF. Aun así, dentro de este marco común hay discrepancias en el enfoque. Anteriormente, el Grupo de Estudio distinguió varios factores que al parecer han influido en los tribunales al interpretar las disposiciones NMF. En los párrafos que figuran más abajo el Grupo de Estudio analiza algunos de esos factores.

1. El principio de contemporaneidad

176. El principio de contemporaneidad, al que acuden explícitamente los tribunales en los casos *ICS* y *Daimler* e implícitamente algunos otros tribunales en sus decisiones¹⁶⁸, no está recogido específicamente en las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En cambio, a él han hecho alusión directa e indirectamente la Corte Internacional de Justicia y los tribunales internacionales. En la causa relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, la Corte aludió a la “necesidad primordial de interpretar un instrumento con arreglo a las intenciones de las partes en el momento de su celebración”¹⁶⁹. La Comisión de Límites entre Eritrea y Etiopía también respaldó lo que denominó “la doctrina de la ‘contemporaneidad’”¹⁷⁰.

177. Al mismo tiempo, en la Causa relativa a la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (*Costa Rica c. Nicaragua*), la Corte Internacional de Justicia dijo que “Sin embargo, esto no significa que, cuando el significado de un término ya no sea el mismo que era en la fecha de conclusión del tratado, no deba tenerse en cuenta para nada su significado en el momento en que se va a interpretar el tratado para aplicarlo”¹⁷¹. Según la Corte, así ocurre, en particular, en situaciones en las que la intención de las partes tras la conclusión del tratado fue o se puede suponer que fue, dar a los términos empleados, o a algunos de ellos, un significado o contenido evolutivo, no uno fijado para siempre, de modo que permita, entre otras cosas, avanzar en el ámbito del derecho internacional”¹⁷².

178. En opinión del Grupo de Estudio, que la interpretación evolutiva sea apropiada en un caso concreto dependerá de una serie de factores, como la intención de las partes de que el término en cuestión tuviera una interpretación evolutiva¹⁷³, la práctica ulterior de las partes y la forma en que estas hayan interpretado y aplicado su acuerdo. El enfoque del tribunal en el caso *ICS* al intentar determinar el significado del “trato”

¹⁶⁷ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed. (Manchester: Manchester University Press, 1984), pág. 115.

¹⁶⁸ *Plama*, párr. 197.

¹⁶⁹ *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 30, párr. 53.

¹⁷⁰ *Decision Regarding the Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia* (13 de abril de 2002), *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, págs. 83 a 195, párr. 3.5.

¹⁷¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 242, párr. 64.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Comisión de Derecho Internacional, *Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, documento [A/CN.4/L.813](#), proyecto de conclusión 3. Véase también la continuación de este documento en: Comisión de Derecho Internacional, *Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, documento [A/CN.4/L.833](#). Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, cap. IV.

al que se aplicaba la disposición NMF, examinando la manera en que se habría entendido el término en el momento en que se celebró el TBI entre el Reino Unido y la Argentina, ofrece una orientación importante para la interpretación, pero no se puede considerar necesariamente definitivo.

2. La relevancia de los trabajos preparatorios

179. En cierto sentido, la remisión a los trabajos preparatorios es una aplicación del principio de contemporaneidad, ya que tiene por objeto determinar la intención de las partes en el momento en que celebraron el acuerdo¹⁷⁴. El recurso a los trabajos preparatorios no es frecuente en las decisiones de los tribunales que interpretan las disposiciones NMF, quizás porque a menudo no tienen fácilmente a su disposición dicho material¹⁷⁵. No obstante, en el caso *Austrian Airlines*, el tribunal examinó los sucesivos proyectos de cláusulas del tratado, que ponían de manifiesto una reducción sucesiva del alcance de las disposiciones relativas al arbitraje, con el fin de confirmar la conclusión de que las partes perseguían limitar el arbitraje previsto en ese acuerdo a determinados asuntos especificados¹⁷⁶. El Grupo de Estudio consideró que este es un ejemplo importante de la relevancia de los trabajos preparatorios.

3. La práctica convencional de las partes

180. La práctica contemporánea o ulterior de las partes es claramente relevante para la interpretación de las disposiciones de un tratado. No obstante, de acuerdo con el artículo 31, párrafos 2 y 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la práctica relevante queda limitada a: los acuerdos que se refieran al tratado concertados entre todas las partes, los instrumentos que se refieran al tratado suscritos por una parte y aceptados por los demás, los acuerdos ulteriores entre las partes y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes¹⁷⁷. Por ello, en la medida en que los tribunales para asuntos de inversiones acuden a dicho material, actúan claramente de conformidad con el material interpretativo relevante.

181. Ahora bien, la mayoría de tratados bilaterales de inversión consisten en acuerdos entre dos Estados que no vienen acompañados de acuerdos o prácticas contemporáneas o ulteriores entre las partes en el tratado bilateral de inversión¹⁷⁸. Así pues, a lo que los tribunales se remiten a menudo es a acuerdos de una de las partes en el TBI con terceros Estados¹⁷⁹. Un tribunal entendió que los tratados con terceros Estados no eran relevantes porque lo que había que interpretar era el texto del TBI que tenía ante sí¹⁸⁰.

182. Las acciones de un Estado parte en un tratado bilateral de inversión de las que no participe el otro Estado parte pueden tener cierta relevancia contextual al demostrar la actitud de una de las partes en el tratado. Sin embargo, tales acciones no están

¹⁷⁴ El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados estipula: “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado...”.

¹⁷⁵ El tribunal en el caso *Plama*, párr. 196, señaló que las partes no habían presentado ningún trabajo preparatorio.

¹⁷⁶ *Austrian Airlines*, párr. 137.

¹⁷⁷ Comisión de Derecho Internacional, Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, documentos [A/CN.4/L.813](#) [parte 1] y [A/CN.4/L.833](#) [parte 2]. Véase especialmente el proyecto de conclusión 7. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. VII.

¹⁷⁸ En cambio, de acuerdo con el TLCAN, las partes tienen en virtud del tratado la facultad de emitir “interpretaciones autorizadas” vinculantes para los tribunales. Véase el TLCAN, art. 1131, párr. 2.

¹⁷⁹ En el caso *Plama*, el tribunal afirmó lo siguiente: “Es cierto que se pueden tener en cuenta los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados a los efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado”. *Plama*, párr. 195.

¹⁸⁰ *Renta*.

previstas en el artículo 31, párrafo 3 b), de la Convención de Viena, que tiene presente la intención común de las partes, si bien pueden tenerse en cuenta según el artículo 32¹⁸¹.

183. Con todo, la cuestión es si existe otra base sobre la que pueda ser relevante la práctica convencional de una sola parte. En el caso *ICS*, el tribunal estimó que la práctica convencional de una sola parte no era relevante. No obstante, sí consideró relevante que un Estado hubiera continuado incluyendo el requisito de los 18 meses en tratados bilaterales de inversión ulteriores. El tribunal consideró improbable que el Estado insistiera en suscribir una disposición que sabía que carecería de todo efecto útil por la inclusión de una disposición NMF¹⁸². Ello ilustra la relevancia potencial, si bien limitada, de la práctica de una parte.

4. El significado del contexto

184. El término “en el contexto de estos” del artículo 31 puede tener un amplio significado. Incluye, en virtud del artículo 31, párrafo 2, los términos del propio tratado, el preámbulo y los anexos, así como los acuerdos entre las partes que se refieran al tratado con motivo de su celebración, y los instrumentos referentes al tratado formulados por una parte y aceptados por la otra como instrumento relacionado con el tratado.

185. De las decisiones de los tribunales para asuntos de inversiones surgen dos preguntas concretas relacionadas con el contexto. En primer lugar, ¿puede una disposición específica de un tratado bilateral de inversión ser derogada por una disposición NMF de formulación más general? En segundo lugar, ¿cuál es la relevancia del hecho de que un tratado bilateral de inversión enumere exclusiones específicas a la aplicación del principio NMF? ¿Excluye ello otras excepciones no enumeradas al trato NMF?

a) *El equilibrio entre disposiciones específicas y generales*

186. En algunas decisiones, los árbitros han intentado contraponer la disposición específica de un tratado, examinando las circunstancias en las que un inversor puede invocar el arbitraje entre los inversores y el Estado, con la disposición general de una cláusula NMF. La conclusión a la que se ha llegado es que una afirmación específica sobre el trato otorgado en virtud de un tratado, como una condición que ha de cumplirse antes de invocar la solución de controversias, no puede ser derogada por una afirmación general aplicable a “todo trato” como la que figura en una disposición NMF. Como la Comisión señaló en su informe sobre la fragmentación, el principio *lex specialis derogat legi generali* está generalmente aceptado como principio de la interpretación de los tratados¹⁸³. No obstante, su relevancia puede ser limitada en el contexto de la interpretación de una disposición NMF.

187. Por su misma naturaleza, una cláusula NMF promete algo mejor de lo que se ofrece en el tratado, de modo que el mero hecho de que haya una disposición específica en el propio tratado básico no permite ser concluyente sobre si una disposición NMF puede ofrecer un trato mejor del que ya se prevé en el tratado básico. Evidentemente, si hay pruebas interpretativas independientes en el tratado que

¹⁸¹ Véase, en particular, Comisión de Derecho Internacional, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, proyectos de conclusión 1 4) y 4 3) y los comentarios correspondientes. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento 10 (A/68/10)*, párrs. 38 y 39.

¹⁸² *ICS c. la República Argentina*, párrs. 314 y 315.

¹⁸³ Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), conclusión 5.

indiquen que las partes tenían la intención de que la disposición NMF no se aplicara a la disposición específica en cuestión, entonces nos encontramos ante un asunto diferente. Sin embargo, en opinión del Grupo de Estudio, la presunción de que lo específico deroga lo general no es concluyente en la interpretación de una disposición NMF.

b) *El principio expressio unius*

188. A menudo se ha citado el principio *expressio unius est exclusio alterius*, en particular en relación con exclusiones expresas a la aplicación de una disposición NMF. Se argumenta que cuando el tratado bilateral de inversión contiene dichas excepciones expresas, estas excluyen otras excepciones no enumeradas¹⁸⁴. Por ello, si no se hace referencia alguna a las disposiciones sobre solución de controversias entre los asuntos excluidos de la aplicación de una disposición NMF, se entiende que dicha disposición abarca la solución de controversias. Ahora bien, tal y como han señalado algunos autores, el principio *expressio unius* es a lo sumo una presunción y no debería ser considerado una respuesta definitiva a la cuestión¹⁸⁵. Es un factor que debe tenerse presente y nada más. Asimismo, tal y como el tribunal señaló en el caso *ICS*, puede dar pie a la conclusión opuesta. Si solo se enumeran las excepciones relativas al trato sustantivo, se puede entender que las partes no creyeron que el principio NMF fuera relevante para asuntos procesales o de solución de controversias¹⁸⁶. Por consiguiente, el Grupo de Estudio estimó que, si bien el principio *expressio unius* es un factor que debe tenerse en cuenta, no puede considerarse un factor determinante.

5. La relevancia del contenido de la disposición que se pretende sustituir

189. Algunos tribunales han visto en el requisito de los 18 meses de litigio la imposición de un obstáculo innecesario para un inversor que pretenda hacer valer sus derechos invocando la disposición sobre solución de controversias de un TBI y lo han considerado contrario al objetivo general de un TBI de promover y facilitar las inversiones. Sin embargo, tal y como han señalado otros tribunales, una disposición de esa índole es una variación de una norma de agotamiento de los recursos internos y tiene su propia justificación. En la medida en que los tribunales para asuntos de inversiones se han visto influidos a la hora de interpretar disposiciones NMF por el contenido de la disposición del tratado básico afectada por la aplicación del principio NMF, resulta difícil para el Grupo de Estudio ver cómo se puede justificar tal consideración con arreglo a las normas sobre la interpretación de los tratados.

190. La decisión política de incluir o no una disposición particular en un tratado bilateral de inversión corresponde a las partes y no es algo que puedan cuestionar los tribunales de solución de controversias. La función del tribunal es determinar el significado y la intención de las partes, no poner en tela de juicio sus elecciones políticas. Partiendo de esa base, el contenido de una disposición que se elude aplicando una disposición NMF es, en opinión del Grupo de Estudio, irrelevante para la interpretación de los tratados.

6. La interpretación de la disposición que se pretende incluir

191. La cuestión central del alcance o la medida del beneficio que se puede obtener de un tratado concluido con un tercero por efecto de una cláusula NMF da pie a la aplicación del principio *ejusdem generis*. Es evidente que, si el objeto de la disposición NMF del tratado básico se limita a asuntos sustantivos, la disposición no

¹⁸⁴ Véase la opinión disidente de Charles N. Brower en el caso *Austrian Airlines*.

¹⁸⁵ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), págs. 248 y 249.

¹⁸⁶ *ICS c. la República Argentina*, párrs. 315 a 317.

puede utilizarse para obtener el beneficio de los derechos procesales reconocidos en el tratado celebrado con un tercero. Una cuestión más compleja es la de si el beneficiario de una disposición NMF que guarda relación con las disposiciones procesales puede elegir y escoger a qué beneficios procesales acogerse.

192. En este sentido, si bien el proyecto de artículos de 1978 ofrece una respuesta general, no es lo suficientemente específica como para ayudar a resolver el verdadero problema que se plantea en el ámbito de los acuerdos de inversión. Los proyectos de artículo 9 y 10 disponen que le corresponden al Estado beneficiario los derechos o el trato “dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula”. En el comentario se sugiere que la expresión “dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula” contiene una referencia implícita a un concepto de similitud¹⁸⁷. Con todo, los tribunales para asuntos de inversiones aún tienen que desarrollar jurisprudencia sobre la noción de similitud. No hay unanimidad, siguiendo el ejemplo anterior, con respecto a si un requisito de 18 meses de litigio sin disposición de bifurcación en el camino es más o menos favorable que el acceso directo al arbitraje entre inversor y Estado unido a la disposición de bifurcación en el camino.

193. El parecer del Grupo de Estudio es que la cuestión de lo que constituye un trato menos favorable tan solo puede encontrar respuesta tras un análisis caso por caso. Se trata, como mínimo, de un asunto que debe abordarse en toda interpretación o aplicación que se haga de una disposición NMF.

D. Consecuencias de varios modelos de cláusulas NMF

194. Aunque al principio de sus trabajos el Grupo de Estudio estudió la posibilidad de redactar por su cuenta modelos de cláusulas NMF, llegó a la conclusión de que no sería un ejercicio útil. Existe una amplia variedad de cláusulas NMF que los Estados ya han incluido en sus acuerdos de inversión y que pueden servir de modelo para futuros acuerdos. Lo más importante es entender las consecuencias que puede acarrear una formulación determinada.

1. Cláusulas en acuerdos vigentes en el momento de la decisión sobre el caso *Maffezini*

195. Dejando de lado los diferentes enfoques interpretativos ya señalados, parece haber un denominador común en la interpretación de determinados tipos de formulación de cláusulas NMF.

196. En primer lugar, cuando la cláusula NMF se limita a prever “un trato no menos favorable” sin calificativos que puedan llegar a expandir el alcance del trato que se otorga, los tribunales se han negado sistemáticamente a interpretar tal disposición en el sentido de que incluya la solución de controversias.

197. En segundo lugar, cuando la cláusula NMF contiene cláusulas referidas a “todo trato” o “todos los asuntos” regidos por el tratado, los tribunales han tendido a dar una interpretación amplia a dichas cláusulas y a concluir que se aplican a las disposiciones sobre solución de controversias. Solo en un caso no se ha considerado que una cláusula formulada de manera general fuera aplicable a la solución de controversias¹⁸⁸.

198. En tercer lugar, cuando la cláusula NMF califica el trato que debe recibirse con remisiones al “uso”, “la gestión”, “el mantenimiento”, “el goce”, “la liquidación” y “la utilización”, la mayoría de los tribunales han entendido que tales cláusulas son lo

¹⁸⁷ *Anuario...*, 1978, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrs. 25 y 26.

¹⁸⁸ *Berschader*.

suficientemente amplias como para abarcar las disposiciones sobre solución de controversias.

199. En cuarto lugar, en ninguno de los dos casos que vinculaban la cláusula NMF directamente con el trato justo y equitativo, llegó a la conclusión ningún tribunal de que la cláusula abarcara las disposiciones sobre solución de controversias.

200. En quinto lugar, en los casos en que se ha fijado una limitación territorial a una cláusula NMF, el resultado ha sido mixto. En algunos casos se ha resuelto que la limitación territorial es irrelevante al decidir si las disposiciones sobre solución de controversias se ven afectadas¹⁸⁹, mientras que en otros se ha mantenido que la cláusula de limitación territorial impide la inclusión de disposiciones sobre la solución internacional de controversias en una cláusula NMF¹⁹⁰.

201. En sexto lugar, en ninguno de los casos en que las cláusulas NMF limitan su aplicación a los inversores o las inversiones “en circunstancias similares” o “en situaciones similares” el tribunal ha estimado relevante la cuestión de si la cláusula es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias.

202. Este análisis pone de manifiesto la práctica pasada y no indica cómo se resolverán los casos en el futuro. Dado que los tribunales para asuntos de inversiones son órganos *ad hoc* y que las disposiciones y el contexto exacto de las cláusulas NMF varían, es imposible afirmar de antemano en qué sentido se pronunciarán los miembros, a pesar de que algunos o todos ellos ya se hayan pronunciado en casos relativos a disposiciones NMF. Ahora bien, cuando las cláusulas NMF pueden ser interpretadas en un sentido más amplio, parece que los tribunales tienden a considerar que son aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias. En opinión del Grupo de Estudio, esto ofrece a los Estados unas pautas preliminares sobre el tratamiento que pueden dar los tribunales a formulaciones determinadas.

2. Cláusulas en acuerdos celebrados después de la decisión sobre el caso *Maffezini*

203. Desde la decisión sobre el caso *Maffezini*, se han celebrado diversos acuerdos de inversión que incluyen disposiciones NMF. Por regla general, se clasifican en tres categorías.

204. En primer lugar, hay acuerdos que excluyen explícitamente la aplicación del caso *Maffezini*. A tal fin, se hace referencia expresa a la decisión¹⁹¹ o se prevé que las disposiciones sobre solución de controversias queden fuera del alcance de la disposición NMF¹⁹². En general, no parece que se proceda incluyéndola en la lista de las excepciones a la aplicación del trato NMF.

205. En segundo lugar, hay acuerdos que incluyen expresamente las disposiciones sobre solución de controversias dentro del alcance de la cláusula NMF¹⁹³.

¹⁸⁹ *Maffezini*, párr. 61; *Hochtief*, párrs. 107 a 111 (mayoría).

¹⁹⁰ *ICS c. la República Argentina*, párrs. 296 y 305 a 308; *Daimler*, párrs. 225 a 231 y 236 (mayoría).

¹⁹¹ Borrador de Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos de América (28 de enero de 2004); puede consultarse en: http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_s.asp.

¹⁹² Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Berna el 17 de mayo de 2006; puede consultarse en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/45/treaty/1008>.

¹⁹³ Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón, hecho en la Ciudad de México el 17 de septiembre de 2004; puede consultarse en: http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_s/Agreement_s.pdf; el Reino Unido no ha cambiado su modelo de TBI, que aplica la nación más favorecida a la solución de controversias.

206. En tercer lugar se encuentran los acuerdos que no mencionan si las disposiciones sobre solución de controversias están incluidas en el alcance de la cláusula NMF. Algunos definen el alcance de la aplicación de la cláusula NMF en el sentido de que se aplica al “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones en su territorio”. Sin embargo, como se señaló anteriormente, algunos tribunales han interpretado que tal disposición no incluye la solución de controversias, mientras que otros han entendido que sí lo hace.

207. El Grupo de Estudio ha observado que la cuestión del trato NMF y las disposiciones sobre solución de controversias no ha animado a los Estados ni a hacer más clara la redacción de los acuerdos en vigor para que excluyan la solución de controversias ni a negociar nuevos acuerdos que excluyan su aplicación. De hecho, la mayor parte de los acuerdos nuevos tiende a ignorar la cuestión. Para ello hay al menos tres explicaciones posibles.

208. En primer lugar, la renegociación de los acuerdos vigentes es un proceso largo y complejo y puede que los Estados no le den mucha prioridad en su agenda de celebración de tratados o que les preocupe que se reabran otras cuestiones del tratado.

209. En segundo lugar, puede que a los Estados les preocupe que los tribunales interpreten el cambio en la formulación de sus nuevos acuerdos para impedir la aplicación del trato NMF a la solución de controversias como una señal de que sus acuerdos vigentes abarcan en realidad la solución de controversias.

210. En tercer lugar, puede que los Estados opinen que en la práctica, tal y como se ha indicado anteriormente, se han aplicado las disposiciones NMF a la solución de controversias solo en el caso de las cláusulas NMF formuladas de manera general y que sus disposiciones NMF no tienen tal formulación.

211. En cualquier caso, el Grupo de Estudio concluyó que las pautas aquí presentadas de formulación que puede ser interpretada en el sentido de que incluye las disposiciones sobre solución de controversias dentro del ámbito de aplicación del trato NMF, así como los ejemplos de acuerdos en los que los gobiernos lo han excluido explícitamente, pueden ayudar a los Estados a examinar cómo se pueden interpretar sus acuerdos de inversión y qué pueden tener en cuenta cuando negocien nuevos acuerdos.

Quinta parte

Resumen de las conclusiones

212. Las cláusulas NMF mantienen intacto su carácter desde el momento en que se concluyó el proyecto de artículos de 1978. Las disposiciones fundamentales del proyecto de artículos de 1978 siguen constituyendo la base para la interpretación y la aplicación de las cláusulas NMF en la actualidad. No obstante, no resuelven todas las cuestiones interpretativas que pueden surgir con las cláusulas NMF.

213. La interpretación de las cláusulas NMF debe llevarse a cabo tomando como base las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

214. La cuestión interpretativa central respecto de las cláusulas NMF guarda relación con el alcance de la cláusula y la aplicación del principio *ejusdem generis*. Es decir, el alcance y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse de acuerdo con una disposición NMF dependen de la interpretación de la propia disposición NMF.

215. Con la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, en contraposición a su limitación a las obligaciones sustantivas, se introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y quizás las consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión. Con todo, sigue tratándose de una cuestión de interpretación de los tratados.

216. En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de las controversias. La redacción explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias. De otro modo, corresponderá a los tribunales de solución de controversias interpretar las cláusulas NMF caso por caso.

217. Las técnicas de interpretación analizadas por el Grupo de Estudio en este informe están concebidas para asistir en la interpretación y la aplicación de las disposiciones NMF.

GE.15-13770 (S) 080915 140915



Se ruega reciclar 