



Asamblea General

Sexagésimo séptimo período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
4 de diciembre de 2012
Español
Original: inglés

Sexta Comisión

Acta resumida de la 22ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el martes 6 de noviembre de 2012, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Sergeyev (Ucrania)

Sumario

Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º (*continuación*)

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

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

12-57519X (S)



Se ruega reciclar 



Se declara abierta la sesión a las 10.05 horas.

79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º (continuación) (A/67/10)

1. **La Sra. Brown** (Jamaica), en relación con el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, dice que la norma de la inmunidad del Estado se fundamenta en el derecho internacional consuetudinario y que, sobre la base del principio de la igualdad soberana, los tribunales de un Estado no deben ejercer jurisdicción sobre otro Estado o sus representantes. La doctrina de la inmunidad se basa en la noción de que constituiría una afronta a la dignidad y soberanía de un Estado que uno de sus representantes fuera procesado en un tribunal extranjero. Si bien esa norma no es absoluta, ya que se debe establecer una distinción entre los actos del soberano (*jure imperii*) y otros actos comerciales (*jure gestionis*), el principio general se fundamenta en el reconocimiento de la necesidad de no injerirse en el ejercicio de las prerrogativas soberanas de un Estado extranjero.

2. Está establecido firmemente en el derecho internacional (*lex lata*) que algunos funcionarios superiores del Estado, como el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores (la denominada “troika”) disfrutan de inmunidad de jurisdicción en otros Estados, tanto de carácter civil como penal. La posición articulada por el Relator Especial en el informe anterior de la Comisión (A/66/10) es que, si bien la inmunidad *ratione personae* es de carácter temporal y desaparece al cesar el mandato del funcionario, dicho funcionario sigue disfrutando de inmunidad *ratione materiae*, que no tiene limitaciones territoriales. Sobre la base de ese argumento, sería contrario al derecho internacional que un Estado procurase ejercer jurisdicción penal sobre un jefe de gobierno o ministro relaciones exteriores extranjero, quienquiera sea dicha persona.

3. Las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a los agentes diplomáticos en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 también se aplican a los jefes de Estado, según estableció la Corte Internacional de Justicia en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, que confirmó que un jefe de gobierno disfruta de inmunidad procesal y no se lo puede obligar a prestar

testimonio en relación con una investigación realizada por un Estado extranjero. Sobre la base del artículo 31 2) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, una autoridad central no puede autorizar que una persona de la jerarquía de un jefe de gobierno deba prestar testimonio o presentar documentos a un Estado extranjero cuando dicha persona no podría ser obligada a dar o producir ese tipo de pruebas en dicho Estado extranjero.

4. Como ejemplo, los tribunales de Jamaica han sostenido, en el contexto de una solicitud de asistencia judicial mutua, que no podían obligar a ese tipo de persona a ofrecer pruebas, ya que aparentemente el derecho internacional consuetudinario (*lex lata*) establece que los miembros de la “troika” disfrutan de inmunidad ante los tribunales de un Estado extranjero. La Comisión de Derecho Internacional desempeña una función importante en la determinación de las normas de *lex lata*, lo que podría ayudar a aportar directrices prácticas a los jueces y especialistas nacionales que deben argumentar y decidir solicitudes de inmunidad relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de Estados extranjeros.

5. En cuanto al tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”, la oradora señala que el ordenamiento jurídico de Jamaica es dualista, por lo que las normas de un tratado se deben incorporar expresamente en la legislación interna a fin de tener efecto en él; sin embargo, se reconoce que las normas de derecho internacional consuetudinario son parte del *common law*, de modo que se las puede aplicar sin que estén incorporadas a la legislación interna, siempre que no estén en conflicto con la legislación escrita.

6. La legislación de la Comunidad del Caribe (CARICOM) también ha incorporado normas de derecho internacional consuetudinario, si se aplican a los ámbitos de que se ocupa el Tratado Revisado de Charaguaramas, en que se establece la Comunidad del Caribe, incluidos el Mercado y la Economía Únicos de la CARICOM. El Tratado Revisado también ordena a la Corte de Justicia del Caribe remitirse a las normas pertinentes de derecho internacional cuando entiende en controversia relativas a la interpretación y aplicación del Tratado Revisado, y valerse de todas las fuentes del derecho internacional, en lugar de limitarse a las normas de interpretación de tratados. En consecuencia, con el objeto de definir las normas de derecho internacional, la Corte procura pruebas que

dimanan de las prácticas de los de los Estados miembros de la CARICOM, las constituciones y las legislaciones de la región, las decisiones judiciales y otros tipos de pronunciamientos autorizados.

7. En el mundo contemporáneo, para que las prácticas internacionales aceptadas generalmente se clasifiquen como derecho internacional consuetudinario, deben reflejar prácticas de distintas regiones y culturas, incluidas las de los miembros más vulnerables y marginados de la comunidad internacional, no únicamente las de los países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Sin embargo, a pesar del entorno mundial cambiante, en donde las normas aceptadas por unas pocas grandes potencias ya no definen el derecho internacional consuetudinario, la capacidad de los Estados de participar en el proceso de formulación de normas sigue siendo dispar.

8. Respecto del tema “Protección de las personas en casos de desastre”, el Gobierno de Jamaica todavía está examinando los textos aprobados provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional. Por tratarse de un pequeño Estado insular en desarrollo que sigue sufriendo las consecuencias de graves acontecimientos climáticos vinculados al cambio climático, Jamaica está deseosa de asegurar que se cuente con los medios necesarios para ayudar a que los países en desarrollo puedan superar esos retos. De particular interés es la prestación de recursos adecuados y un mayor acceso a la tecnología conexas que sea de ayuda para las medidas de adaptación.

9. En tal sentido, el proyecto de artículo A (Desarrollo del deber de cooperar) es una novedad que se recibe con beneplácito, si bien se lo podría perfeccionar en el futuro. Sin embargo, toda respuesta a los desastres se debe llevar a cabo de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad y sobre la base de la no discriminación, teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones vulnerables. Se deben respetar los derechos humanos de las personas afectadas por los desastres naturales, en particular la dignidad inherente de la persona humana.

10. En cuanto al tema “Tratados en el tiempo”, la posible función de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior respecto de la modificación de un tratado tienen pertinencia práctica, especialmente en el contexto regional. La Comisión deberá profundizar su labor relativa a la cláusula de nación más favorecida.

Habida cuenta de la falta de uniformidad en las decisiones de los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) después de la causa *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Maffezini)*, la Comisión debe ayudar a que los Estados adquieran mayor conciencia al respecto, a fin de que, como mínimo, puedan indicar claramente en el futuro si consideran que los asuntos de procedimiento y/o sustantivos deben quedar incluidos dentro del alcance de la cláusula de nación más favorecida.

11. Por último, al examinar la interfaz que existe entre los tratados bilaterales de inversión y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), quizás la Comisión considere pertinente examinar las disposiciones relativas a la ampliación del trato nacional a los asociados en un tratado de inversiones bilaterales y demás obligaciones, incluido el compromiso a un trato justo y equitativo, garantías contra la expropiación y acceso al arbitraje entre inversionistas y el Estado.

12. **El Sr. Sharma** (India) dice que las cuestiones de fondo relativas al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tienen carácter intersectorial, están interrelacionadas y se las debe examinar cuidadosamente y de manera equilibrada, teniendo en cuenta la legislación vigente y la práctica de los Estados. En tal sentido, se debe examinar cuidadosamente el fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, en donde se determinó la práctica de los Estados respecto de las inmunidades ante las jurisdicciones nacionales.

13. También se debe examinar la relación que existe entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae* a la luz de la práctica de los Estados y el fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. Se deben determinar criterios claros para establecer la práctica de los Estados respecto de la ampliación de la inmunidad *ratione personae* a funcionarios que no son de la “troika”, teniendo en cuenta el fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*. La elaboración de conclusiones con comentarios o directrices sobre el

tema sería muy valiosa para los magistrados, académicos y especialistas que abordan la cuestión del derecho internacional consuetudinario tanto en los planos nacional como internacional.

14. Es importante codificar y aclarar las cuestiones relativas al tema “La obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*)” a fin de asegurar que se haga comparecer ante la justicia a todos los delincuentes. Los progresos logrados en este tema han sido pocos, debido a la escasez de investigaciones encaminadas a determinar si esa obligación ha pasado o no a ser parte del derecho consuetudinario. En consecuencia, la Comisión deberá seguir examinando el tema, aun cuando no tenga la condición de norma consuetudinaria. La obligación de extraditar o enjuiciar y el concepto de jurisdicción universal no están interrelacionados y, en consecuencia, se los debe tratar separadamente. El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)* debe ser analizado en detalle a fin de determinar sus efectos respecto del tema de la obligación de extraditar o enjuiciar.

15. La cláusula de nación más favorecida se aplica de manera poco uniforme en los laudos arbitrales porque en general los demandantes son particulares, mientras que los demandados normalmente son Estados, y el tribunal actúa como sustituto funcional de los tribunales internos competentes del Estado de origen. La India encomia a la Comisión por sus actividades encaminadas a aportar orientaciones autorizadas sobre la interpretación de la cláusula de nación más favorecida y la alienta a examinar los estudios realizados por otros órganos relacionados con el comercio, como la Organización Mundial del Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

16. **La Sra. Telalian** (Grecia) acoge con gran beneplácito la tendencia que se observa en la Comisión de volver a estudiar las cuestiones relativas a las fuentes del derecho internacional, ya que estas son esenciales para comprender mejor el proceso por el cual surgieron y se desarrollaron las normas que rigen a la comunidad internacional. El examinar el tema “Aplicación provisional de los tratados”, la Comisión deberá utilizar como punto de partida la labor previa realizada cuando consideró el derecho de los tratados, así como los trabajos preparatorios sobre las

disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en particular el artículo 25. El propósito principal de incluir la entrada en vigor provisional de los tratados en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1966 sobre el derecho de los tratados había sido reconocer formalmente una práctica muy difundida entre los Estados en esa época y que merecía esa mención. El artículo 25 de la Convención de Viena fue simplemente el reconocimiento por escrito de esa práctica.

17. La Comisión deberá actuar con cautela al examinar la aplicación provisional de los tratados, porque el tema se refiere a esferas delicadas de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, especialmente el derecho constitucional, y depende de las circunstancias específicas y la legislación nacional de cada Estado. En consecuencia, la labor de la Comisión deberá fundamentarse en la investigación y el análisis de la práctica vigente de los Estados, incluida la aplicación provisional en virtud del artículo 7 del Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982.

18. También será útil determinar las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional de un tratado, incluido el significado preciso de la expresión misma y de qué manera difiere de la expresión “entrada en vigor provisional de un tratado”, que se utilizó originalmente en el proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados. Como la aplicación provisional de los tratados se fundamenta en un acuerdo entre los Estados parte que es distinto del tratado mismo, la Comisión deberá examinar si en esos casos se aplica la norma *pacta sunt servanda* y si el incumplimiento de las obligaciones dimanadas de esa aplicación provisional puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado del caso.

19. La Comisión también debe examinar la cuestión de la terminación de la aplicación provisional de un tratado, que solo se abarca de manera parcial en el artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena. Si bien Grecia conviene en que es prematuro adoptar una decisión sobre el producto final del tema, las cuestiones que se plantean pueden dar lugar al desarrollo de cláusulas modelo que podrían servir de asistencia práctica a los Estados cuando negocian los tratados.

20. Grecia acoge complacida la decisión de la Comisión de cambiar el formato de su labor sobre el tema “Los tratados en el tiempo” y de nombrar un Relator Especial para el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”. Ese cambio hará posible determinar el alcance exacto del tema y centrar la atención en la importancia jurídica de los acuerdos ulteriores y de la práctica ulterior respecto de la interpretación de los tratados, a la luz del artículo 31.3 a) y b) de la Convención de Viena, dejando de lado al mismo tiempo cuestiones delicadas relativas a la relación que existe entre las distintas fuentes del derecho internacional. La labor de la Comisión respecto del tema deberá mantenerse dentro de los confines del derecho de los tratados y su meta debe ser complementarlo y no eludir ni modificar las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena.

21. Al examinar si la práctica ulterior en la aplicación de un tratado puede modificar las obligaciones vigentes en virtud del tratado, la Comisión deberá tener presente que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 1968-1969, rechazó el proyecto de artículo 38 de la Comisión (Modificación de los tratados por la práctica ulterior). Además, la práctica de todas las partes en un tratado multilateral tiene un peso especial y no se la debe poner a la misma altura que la práctica que refleja la posición de solo algunas de las partes.

22. Respecto de algunos elementos particulares de la práctica de los Estados que son pertinentes para el tema, es más importante determinar si se debe considerar que la práctica de los funcionarios del Estado de menor jerarquía puede considerarse práctica del Estado del caso que da lugar a la responsabilidad jurídica de este. La labor de la Comisión respecto del tema de los tratados en el tiempo debe estar encaminada a elaborar un conjunto de conclusiones generales que aportaría orientaciones prácticas a los Estados al negociar y aplicar los tratados.

23. En cuanto al tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”, es razonable que la Comisión haya centrado su labor en el derecho de los tratados más que en el derecho internacional consuetudinario, ya que su objetivo es contribuir a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Las normas generalmente aceptadas de derecho internacional son parte integrante del orden constitucional de Grecia y prevalecen sobre

las disposiciones internas, aunque a menudo resulta difícil a los jueces nacionales identificar y aplicar esas normas. La labor de la Comisión sobre el tema sería particularmente beneficiosa y podría ayudar a alentar la aceptación del estado de derecho en los asuntos internacionales si estuviera encaminada a promover un debate más amplio de la costumbre internacional. En consecuencia, es prematuro que la Comisión estudie la cuestión de las normas de *jus cogens*, aun cuando esencialmente son de naturaleza consuetudinaria. Sin embargo, no se debe descartar que en el futuro se estudie la cuestión.

24. El tema “Expulsión de extranjeros” es de vital importancia en una época en que la mayoría de los países afronta el problema de corrientes de migración mixtas y un aumento de la inmigración ilegal e irregular. El proyecto de artículos sobre el tema es amplio y captura la mayor parte de los aspectos de fondo y procedimiento de la cuestión de la expulsión, incluidas las obligaciones del Estado, como la obligación de no devolver y la obligación de respetar los derechos humanos de las personas sujetas a expulsión. También ha determinado cuáles son los derechos más importantes y ampliamente reconocidos de los extranjeros sujetos a expulsión, junto con las prohibiciones pertinentes que el derecho internacional impone a los Estados.

25. Si bien Grecia conviene en que, si procede, se debe establecer una distinción entre los extranjeros presentes lícitamente en el territorio del Estado que expulsa y los extranjeros que han permanecido ilícitamente en ese Estado, habría preferido que se hubiera hecho mayor hincapié en promover la partida voluntaria de las personas sujetas a expulsión. Se debe incluir en el proyecto de artículos la importante función que cumplen los acuerdos de readmisión para determinar el Estado de destino de los extranjeros expulsados, y algunos de esos artículos deberán ser redactados nuevamente a fin de reflejar las distintas prácticas de los Estados.

26. Respecto del proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, Grecia considera que se debe elaborar un texto más acotado que incluya los principios rectores y las normas fundamentales bien establecidos, con preferencia al texto actual, que se parece más a un tratado internacional de derechos humanos. El texto deberá ser examinado más a fondo, a la luz de la legislación interna y las obligaciones internacionales de los Estados interesados, y deberá ser

adoptado como directrices o mejores prácticas, más que como proyecto de artículos.

27. Por último, la oradora señala que las opiniones de la delegación de Grecia sobre la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado figuran en la declaración completa que se puede consultar en el portal PaperSmart.

28. **La Sra. Smith** (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) dice que cuando la inmunidad *ratione personae* o la inmunidad *ratione materiae* se han codificado en un instrumento internacional en que su país es parte, las obligaciones pertinentes en virtud de dicho instrumento normalmente se incorporan a la legislación nacional mediante una ley escrita. En consecuencia, las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se han reproducido en la Ley de prerrogativas diplomáticas en 1964 y en la Ley de relaciones consulares de 1968, respectivamente, que les han dado vigor y que contienen disposiciones sobre las inmunidades de los jefes de Estado extranjeros. Sin embargo, respecto de otras inmunidades de jurisdicción penal, es posible invocar el derecho internacional consuetudinario, que para esos fines quizás sea parte integrante del *common law*.

29. En tal sentido, los tribunales han reconocido la inmunidad *ratione personae* de funcionarios estatales de alto rango, como jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y miembros de misiones especiales, de conformidad con las obligaciones que a su país impone el derecho internacional consuetudinario. Tal vez los tribunales apliquen esos mismos principios para reconocer la inmunidad *ratione materiae* de otros funcionarios del Estado.

30. Los criterios aplicados por los tribunales para decidir sobre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* son fundamentalmente diferentes. Respecto de la inmunidad *ratione personae*, se trata de decidir esencialmente si la persona en cuestión ocupa en la actualidad el cargo que se beneficia de la inmunidad *ratione personae*. La legislación y la práctica del Reino Unido aceptan que el gobierno debe poseer las pruebas prácticas concluyentes en tal sentido, habida cuenta del conocimiento especial que debe tener acerca de esa persona, incluso si ha sido notificada o no y si ha sido recibida como agente diplomático o consular, si la

persona es o no jefe de Estado, y si la persona ha recibido o no el consentimiento del gobierno para visitar el Reino Unido en misión especial.

31. Si bien en el Reino Unido se han tramitado relativamente pocas causas en que una persona haya alegado la inmunidad *ratione materiae* a fin de eludir la jurisdicción penal, esa posibilidad ha sido reconocida en principio. Sin embargo, en las dos causas más recientes en que se invocó la inmunidad *ratione materiae* en el contexto de un procedimiento penal —*In re Pinochet* y *Khurts Bat c. Juez de Instrucción del Tribunal Federal de Alemania*— los tribunales rechazaron ese tipo de inmunidad. Se acepta en general que la inmunidad *ratione materiae* en una causa penal es una solicitud hecha por el Estado que se declara autor del acto que, en consecuencia, no se puede someter a adjudicación por un tribunal de otro Estado. Como la solicitud puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, toda reclamación o recurso que dimane de ella no correspondería al ámbito del derecho interno, sino al del derecho internacional.

32. Sin embargo, esa norma general puede estar sujeta a ciertas condiciones, como se sugirió tanto en las causas *Pinochet* como *Khurts Bat*. En la causa *Pinochet*, el tribunal determinó que, para los Estados que habían ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, esta constituía respecto del crimen de tortura una *lex specialis* o excepción a la norma habitual sobre la inmunidad *ratione materiae* aplicable a un exjefe de Estado. En *Khurts Bat*, el tribunal sugirió que la solicitud de inmunidad *ratione materiae* no se aplicaba respecto de un proceso penal por actos de un funcionario del Estado realizados en el territorio de un Estado extranjero.

33. En cuanto a los criterios aplicados para determinar cuáles son las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, los tribunales del Reino Unido se han basado en gran medida en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención*. Las cuestiones fundamentales habían sido la categoría de la persona y la necesidad funcional de viajar a los fines de promover las relaciones y la cooperación internacionales, que en la práctica se han aplicado no solo a jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, sino también a ministros de defensa y ministros de comercio internacional.

34. Pasando al tema “Aplicación provisional de los tratados”, la oradora señala que este podría tener una genuina importancia práctica para los Estados, aunque también podría entrar en conflicto con las normas constitucionales y otras leyes de los Estados. El Reino Unido se está valiendo cada vez más de la aplicación provisional en su práctica relativa a los tratados. La oradora conviene en que es todavía prematuro adoptar una decisión sobre el resultado del estudio. Habida cuenta de la naturaleza del tema, quizá sea preferible, por lo menos inicialmente, examinar la manera en que el artículo 25 de la Convención de Viena se aplica en la práctica y dejar para una etapa posterior las propuestas generales o los comentarios, si los hubiera.

35. Si bien el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” tiene un valor práctico real, se está planteando cada vez más en una serie de nuevos contextos internos, en los que los jueces y los especialistas no están necesariamente familiarizados con las fuentes y los métodos del derecho internacional. Cuando la cuestión está establecida en un convenio internacional, es relativamente sencillo determinar la posición actual del derecho internacional sobre ese tema. Sin embargo, a falta de una norma de derecho internacional consuetudinario, no existe ningún punto de referencia autorizado al que se pueda remitir el juez de un tribunal interno para procurar orientaciones. En consecuencia, es la Comisión la que deberá aportar esas orientaciones.

36. En cuanto al derecho internacional consuetudinario de la inmunidad del Estado, la Corte Internacional de Justicia señaló en la causa *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)* que la práctica del Estado de particular importancia debía buscarse en los fallos de los tribunales nacionales en que se había tratado la cuestión de la inmunidad del Estado extranjero. En consecuencia, tal vez los jueces nacionales se encuentren en condiciones tanto de determinar cuál es la práctica pertinente del Estado como de crear esa práctica. Un conjunto de propuestas o conclusiones claras y directas, con comentarios relativos con el tema, podría muy bien pasar a ser un importante instrumento de referencia para los jueces y especialistas nacionales.

37. La oradora acoge complacida la sugerencia de la Comisión de que no sería adecuado actuar de manera indebidamente prescriptiva al establecer sus

conclusiones, ya que la característica fundamental de la formación del derecho internacional consuetudinario es su flexibilidad. También acoge con beneplácito la intención de la Comisión de concluir su labor sobre el tema durante el quinquenio en curso.

38. Ha habido muy pocos progresos sustanciales respecto del tema “La obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*)”. Se trata de una obligación convencional y la práctica de los Estados y la *opinio juris* no han alcanzado todavía un punto que permita afirmar que tal obligación pueda considerarse una norma o principio de derecho internacional consuetudinario. Tanto los crímenes sustantivos respecto de los cuales dimana la obligación como la cuestión de si el Estado que custodia tiene discreción para extraditar o enjuiciar se rigen únicamente por lo establecido en el tratado en cuestión. La oradora acoge complacida la decisión de la Comisión de analizar a fondo el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)*, a fin de evaluar plenamente sus consecuencias respecto de ese tema. Si bien el Reino Unido espera con interés el resultado de ese análisis, por el momento no está convencido de que seguir considerando el tema constituya un buen aprovechamiento del tiempo de la Comisión.

39. El tema de los tratados en el tiempo se debe abordar en un marco más estrecho, centrado en la práctica ulterior y relativa a la aplicación de un tratado y en todo acuerdo entre las partes sobre su funcionamiento o interpretación, más que en tratar de realizar un examen más amplio que tenga en cuenta todos los factores posibles que puedan afectar el funcionamiento del tratado a lo largo de su existencia. En consecuencia, el Gobierno del Reino Unido acoge con beneplácito la decisión de la Comisión de acotar el tema y cambiar su nombre a “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”.

40. La oradora acoge complacida la afirmación del Grupo de Estudio sobre la cláusula de nación más favorecida de que no es su intención preparar un proyecto de artículos ni revisar el proyecto de artículos de la Comisión, de 1978, sobre la cláusula de nación más favorecida, sino preparar un informe con antecedentes generales en que se analizará y contextualizará la jurisprudencia, señalando a la atención las cuestiones en surgimiento y las tendencias

en la práctica y, si procede, se harán recomendaciones, incluidas cláusulas modelo.

41. La oradora acoge complacida el análisis del Grupo de Estudio de que, si bien hay otras esferas contemporáneas de interés, como la relación entre acuerdos de inversión y derechos humanos, no es necesario ampliar el alcance de su labor, con lo que aumentaría el riesgo de desviar la atención a otros aspectos del tema. En consecuencia, no se debe considerar la relación entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos.

42. El Gobierno del Reino Unido acoge con beneplácito el amplio esbozo de la labor futura del Grupo de Estudio, que se resume en el informe de la Comisión sobre la labor en su 64º periodo de sesiones (A/67/10), y considera que el Grupo deberá seguir examinando los distintos factores que han sido tenidos en cuenta por los tribunales al interpretar la cláusula de nación más favorecida. También presta apoyo el hincapié que hace el Grupo en que la interpretación de dicha cláusula es una cuestión relacionada con la interpretación de tratados, que dependerá de su redacción precisa y la historia de las negociaciones de la cláusula en cuestión.

43. **El Sr. Janssens de Bisthoven** (Bélgica) dice que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* dan lugar a regímenes jurídicos diferentes. La inmunidad *ratione personae* se concede a un número limitado de funcionarios del Estado en su condición personal y se aplica tanto a sus actos públicos como privados. En principio, esa inmunidad está limitada *ratione temporis*, cesa cuando termina el mandato y abarca los crímenes contemplados en el derecho internacional. En cambio, la inmunidad *ratione materiae* se aplica a todas las personas que actúan en nombre del Estado y, en principio, no tiene limitaciones temporales, ya que subsiste aun después de terminado el mandato del funcionario. Algunos funcionarios también disfrutaban de inmunidad *ratione materiae* por sus actos comerciales (*jure gestionis*), aun cuando el Estado mismo no goce de inmunidad respecto de las controversias dimanadas de esos actos.

44. Sin embargo, la inmunidad *ratione materiae* no se extiende a los crímenes contemplados en el derecho internacional, aun cuando se hayan cometido en nombre del Estado. Habida cuenta de la obligación internacional de los Estados de enjuiciar a los autores de los crímenes más graves de derecho internacional, la

inmunidad *ratione materiae* no se concede a los funcionarios sospechados de haber cometido ese tipo de crímenes. Los Estados pueden, a su discreción, renunciar a ambos tipos de inmunidad.

45. Se debe aplicar un criterio funcional para determinar cuáles son las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*, según estableció la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención*. Los factores que se deben tener en cuenta son la naturaleza internacional de las funciones desempeñadas por la persona en nombre del Estado y el cargo que ocupa dicha persona en el Estado. Las únicas personas a las que se debe conceder la inmunidad *ratione personae* son aquellas que no están obligadas a presentar credenciales pero que, en el plano internacional, son reconocidas como representante del Estado en virtud de su cargo. El Gobierno de Bélgica no está dispuesto a ampliar el alcance de la inmunidad *ratione personae* a fin de incluir personas que no sean de la “troika”.

46. En cuanto al tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”, el orador dice que son muy pocas las referencias expresas al derecho internacional consuetudinario que figuran en las declaraciones oficiales de su país a los organismos internacionales, así como las referencias a los criterios que se deben aplicar para determinar si una norma ha alcanzado o no la condición de derecho internacional consuetudinario. Incluso en las declaraciones hechas por las autoridades belgas ante el Parlamento nacional en que se reconocieron varias disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales con el argumento de que eran parte del derecho consuetudinario internacional, a menudo nada se dijo sobre las razones subyacentes de ese reconocimiento.

47. Sin embargo, el Gobierno de Bélgica considera que la obligación universal de enjuiciar a los autores de crímenes de derecho internacional humanitario es parte del derecho internacional consuetudinario, porque dicha norma se refleja en muchos textos internacionales, incluso en resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y se adecua a muchas posiciones expresadas por la comunidad internacional respecto del tema. También se encuentran muy pocas referencias al derecho internacional consuetudinario en las decisiones y los fallos de los tribunales de Bélgica, y en general ese tipo de

referencia se limita únicamente a las normas consuetudinarias de larga data. Muy pocas veces esas referencias van acompañadas de una explicación jurídica, lo que hace difícil enumerar los criterios aplicados por los tribunales para determinar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario.

48. No obstante, la aprobación general en los tratados, los textos y las declaraciones internacionales, junto con la práctica de los Estados, son los criterios importantes adoptados explícitamente por los tribunales de Bélgica para determinar el derecho internacional consuetudinario. Las jurisdicciones nacionales podrían aplicar los mismos criterios cuando se encuentren ante la ausencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.

49. El Sr. Marn (Eslovenia) dice que la delegación de Eslovenia acoge complacida el criterio sistémico propuesto en el informe preliminar de la Relatora especial sobre el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, así como las cuestiones básicas que se ha determinado que vale la pena estudiar más a fondo. Es importante no solo determinar cuáles son las nuevas tendencias en el tema, sino también abordar los casos de desarrollo progresivo del derecho internacional mediante el examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, así como los principios pertinentes del derecho internacional contemporáneo.

50. Es importante mantener la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, habida cuenta de sus diferencias de fondo, incluidas las relativas a su cesación y alcance, así como las procesales. Si bien es común que otros funcionarios de alto rango participen en las relaciones internacionales en nombre de su Estado, la inmunidad *ratione personae* solo se puede conceder a la “troika”. Como la cuestión de la inmunidad *ratione materiae* se refiere a actos realizados por funcionarios del Estado en su capacidad oficial, es importante definir claramente el término “acto oficial” y determinar si incluye los actos ilícitos o los actos *ultra vires*. También sería útil aclarar la relación que existe entre los actos oficiales en el contexto de la inmunidad y las normas sobre atribución de responsabilidad del Estado.

51. También se debe examinar la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad, especialmente la inmunidad *ratione materiae*, respecto de los crímenes internacionales más graves. Si bien la inmunidad de

jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado se basa en los principios de soberanía del Estado, no injerencia y mantenimiento de relaciones de amistad entre los Estados, cada vez se está prestando más atención al humanismo jurídico y a la lucha contra la impunidad, en particular mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y las novedades en la esfera del derecho penal internacional. En tal sentido, es instructivo el fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*.

52. En cuanto al tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”, el orador observa que el producto debería ser un conjunto de conclusiones con comentarios que ayuden en particular a los jueces nacionales a determinar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario. También sería útil aclarar los términos pertinentes en un breve glosario. El estudio debería abarcar tanto los métodos utilizados para identificar una norma de derecho consuetudinario como para determinar la existencia de una norma de ese tipo. Como estableció la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa *Plataforma continental del Mar del Norte*, la existencia de una norma de derecho consuetudinario exige que haya una práctica bien establecida junto con una *opinio juris*. Sin embargo, en la práctica se necesitan orientaciones sustantivas adicionales sobre el tema, que podrían incluir algunos ejemplos sobre la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, para que los especialistas que no estén familiarizados con el derecho internacional puedan comprender la cuestión.

53. Respecto del tema de la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*), su esencia es poner fin a la impunidad respecto de los crímenes internacionales fundamentales, entre ellos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Es de vital importancia aclarar si esa obligación ya ha alcanzado la categoría de norma consuetudinaria. Aunque la Corte Internacional de Justicia no abordó la cuestión en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)*, es necesario realizar un análisis a fondo del fallo a fin de evaluar la totalidad de sus efectos en relación con el tema. Eslovenia insta a los relatores especiales sobre los temas “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, “Formación y documentación

del derecho internacional consuetudinario” e “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” a que cooperen entre sí, porque sus temas están estrechamente relacionados.

54. No obstante, si bien los principios de *aut dedere aut judicare* y jurisdicción universal comparten el objetivo de poner fin a la impunidad, son instrumentos fundamentalmente diferentes que no deben vincularse directamente. La lucha contra la impunidad en los tribunales internos se examina en distintos temas del programa de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión, entre ellos la obligación de extraditar o juzgar, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal. En tal sentido, la Comisión debería examinar la posibilidad de aplicar un criterio amplio a esos asuntos, entre ellos la posibilidad de añadir a su programa un tema que incorporase todas esas cuestiones, que se podría titular “Responsabilidad del Estado y fin de la impunidad para los crímenes internacionales”.

55. **La Sra. Revell** (Nueva Zelanda) dice que los dos documentos de trabajo que tiene ante sí el Grupo de Estudio sobre la cláusula de nación más favorecida, incluido el documento revisado sobre el tema “La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversión”, son un recurso valioso respecto de los factores que los tribunales examinan cuando interpretan y aplican la cláusula de nación más favorecida. Nueva Zelanda acoge con beneplácito que se sigan examinando dichas cláusulas en relación con el comercio de servicios y los acuerdos de inversión, incluida su relación con las disciplinas básicas de las inversiones, el trato justo y equitativo y los estándares de trato nacional. El Grupo de Estudio deberá trabajar teniendo en cuenta los antecedentes del derecho internacional general y la labor previa de la Comisión, incluido el proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de nación más favorecida.

56. Nueva Zelanda respalda el criterio general aplicado por el Grupo de Estudio a la cláusula de nación más favorecida, incluidas sus metodologías, y especialmente su posición de que no se necesita una mayor interpretación cuando dichas cláusulas incluyen o excluyen expresamente un procedimiento de solución de controversias. Ese es el criterio adoptado por Nueva Zelanda en sus acuerdos modernos de libre comercio e inversiones posteriores a la causa *Maffezini*. Acoge complacida la intención del Grupo de Estudio de

preparar un informe que incluya un panorama de los antecedentes generales, un análisis de la jurisprudencia y las recomendaciones que proceda, así como su intención de completar su labor en 2013.

57. Sería útil examinar la cuestión de si la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) existe en el derecho internacional consuetudinario, ya que el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad preparado por la Comisión en 1996 incluía dicha obligación para los crímenes fundamentales contemplados por el derecho internacional. La oradora espera con interés el documento de trabajo que se preparará sobre el tema para el 65º periodo sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y alienta a que se sigan examinando las relaciones entre dicho tema y la jurisdicción universal.

58. El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” exige que se establezca un cuidadoso equilibrio entre los principios fundamentales de soberanía, igualdad, no injerencia en los asuntos internos del Estado y el desempeño independiente de las funciones del Estado, por un lado, y la responsabilidad penal individual y la necesidad de proteger los derechos humanos y lucha contra la impunidad por crímenes internacionales graves, por el otro. Si bien sigue siendo vital que los funcionarios no deban comparecer ante tribunales extranjeros como consecuencia de medidas motivadas políticamente, el público también espera que respondan por la comisión de crímenes graves.

59. El Gobierno de Nueva Zelanda espera con interés que se siga examinando la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad y toma nota de la intención de la Comisión de examinar tanto la *lex lata* como la *lex ferenda*. Sigue prefiriendo el criterio adoptado por la Comisión en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), que establecía una excepción a la inmunidad cuando el funcionario del Estado era acusado de la comisión de un crimen internacional, en particular cuando la prohibición de dicho crimen hubiera alcanzado la categoría de norma de *jus cogens*. También acoge complacido la sugerencia de que se aclaren términos como “crímenes internacionales”, “crímenes graves” y “crímenes de derecho internacional”, ya que quizás se superpongan con otros temas que examina la Comisión.

60. También complace a Nueva Zelanda que se examine cuidadosamente el alcance de la inmunidad, y espera con interés la continuación de los análisis sobre el tema, en particular si la inmunidad *ratione personae* debe ser absoluta y si se debe aplicar a un acto realizado por el funcionario antes de asumir el cargo y mientras lo ocupa, tanto en su capacidad oficial como personal. Toda ampliación de la las categorías de personas con derecho a la inmunidad no mencionadas en la “troika” debe justificarse claramente y se debe incluir un análisis cuidadoso del derecho internacional consuetudinario. Se debe seguir estudiando la cuestión de si la inmunidad *ratione materiae* se debe aplicar a los actos ilícitos o a los actos *ultra vires*. La oradora respalda la intención de la Relatora Especial de preparar proyectos de artículo que aborden las cuestiones básicas del tema para su primera lectura durante el quinquenio en curso.

61. Nueva Zelanda toma nota de la inclusión del tema “Aplicación provisional de los tratados” en el programa de trabajo de la Comisión y conviene en que se deben aclarar las cuestiones relativas a la aplicación provisional, en particular la relación entre los artículos 18 y 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y sus distintos regímenes jurídicos. También se deben determinar las distintas formas, los requisitos procesales y los efectos jurídicos de la aplicación provisional. En tal sentido, será útil el memorando que preparará la Secretaría sobre la labor previa realizada por la Comisión respecto del tema, en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre el Derecho de los Tratados.

62. Por último, al examinar la cuestión de la aplicación provisional, la Comisión deberá tener en cuenta las posiciones internas de los Estados sobre el tema, porque el régimen jurídico de un Estado sobre la cuestión no se puede separar de sus requisitos constitucionales y procesales.

63. El Sr. Sinhaseni (Tailandia) dice que será difícil dar vigor a los valores esenciales de la comunidad internacional a que hizo referencia la Relatora Especial sobre el tema en su informe preliminar (A/CN.4/654) y que se señalaron en el informe de la Comisión (A/67/10). No se deben privilegiar los valores preferidos por los Estados de una región geográfica en particular por encima de los valores de otros Estados de otras regiones geográficas del mundo. Se debe

establecer un equilibrio entre la necesidad de respetar la soberanía de los Estados y asegurar la estabilidad internacional, por un lado, y la necesidad de luchar contra la impunidad respecto de los crímenes más graves del derecho internacional, por el otro. Con ese fin, la Relatora Especial deberá centrar su atención inicialmente en las consideraciones que reflejen la *lex lata* y, posteriormente, tener en cuenta todas las propuestas *de lege ferenda*, cuando exista un consenso internacional para proceder de esa manera.

64. El tema de la obligación de extraditar o enjuiciar es importante para prevenir la impunidad y luchar contra ella, como se destaca en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)*. La Comisión deberá seguir trabajando en el tema con carácter prioritario y preparar un producto final en que se establezcan normas de derecho internacional que orienten a los Estados en tal sentido. Según sus informes más recientes, aparentemente la Comisión no cuenta con suficiente información sobre las leyes y la práctica judicial de los Estados respecto de la obligación de extraditar o juzgar que le permita concluir si se trata o no de una norma de derecho internacional consuetudinario.

65. No obstante, los Estados de su parte del mundo han cooperado activamente en la extradición o el enjuiciamiento de autores de crímenes que causan una preocupación común, como el terrorismo internacional, el tráfico de estupefacientes y la trata de personas. Tailandia participa activamente en el proceso de Bali sobre contrabando de personas, trata de personas y delitos transnacionales conexos y el proceso de Bali de lucha contra el terrorismo. Los Estados que participan en esos dos procesos están obligados jurídicamente, en virtud de su legislación nacional, a extraditar o enjuiciar a los autores de delitos graves que causan preocupación internacional, y la mayoría de esos países no necesitan de un tratado para proceder de esa manera. Esa práctica podría cristalizarse en una norma consuetudinaria regional. Aunque todavía no se ha determinado si la obligación de extraditar o juzgar ya ha alcanzado la condición de norma consuetudinaria, la Comisión deberá seguir trabajando en la codificación y el desarrollo progresivo de este tema tan importante.

66. Respecto del tema de la norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones, que figura en el programa de trabajo a

largo plazo de la Comisión, Tailandia espera que pueda dar lugar a la elaboración de un régimen jurídico equilibrado y predecible para las inversiones internacionales. Alienta enérgicamente a la Comisión a que inicie sus trabajos sobre ese tema en su 65º período de sesiones, comenzando con el nombramiento de un relator especial para el tema.

67. **El Sr. Dahmane** (Argelia), en relación con la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*), dice que si bien esta tiene consecuencias importantes tanto en el derecho de los tratados como en la práctica internacional, en particular en el contexto de la lucha contra la impunidad, no ha sido establecida formalmente por la Comisión, excepto para los crímenes más graves. Argelia presta un enérgico apoyo a que a la lista de esos crímenes se añada el terrorismo.

68. En cuanto al proyecto de artículos propuesto por el Relator Especial, el orador dice que la obligación consuetudinaria establecida en el proyecto de artículo 4 todavía ha quedado sin demostrar en la mayor parte de las situaciones, y la enumeración de crímenes graves que figura en el proyecto de artículo 2 sigue siendo vaga. El proyecto de artículo 3 ofrece el fundamento principal para la obligación de extraditar o juzgar, derivándolo de la existencia de un tratado internacional en que el Estado del caso sea parte. Argelia respalda la redacción del proyecto de artículo 3, párrafo 2, que estipula que el derecho interno establece las condiciones particulares de la extradición o el enjuiciamiento, pero insta a actuar con cautela respecto del requisito adicional que también se establece allí de respetar “los principios generales del derecho penal internacional”, porque todavía no se ha aclarado el contenido preciso de esos principios. También se deben tener plenamente en cuenta los importantes principios que figuran en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, como la prohibición de la extradición de los nacionales.

69. Respecto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Argelia comparte la opinión de que se trata de una norma de derecho internacional plenamente establecida y que se debe demostrar que exista alguna excepción a ella. Una interpretación restrictiva de la inmunidad *ratione personae*, limitándola a la “troika”, no se adecuaría a las normas internacionales actuales ni a la práctica de los Estados. La Comisión tampoco debe examinar el tema aisladamente de la cuestión de enjuiciamientos politizados o selectivos y de sus consecuencias

negativas en la estabilidad de las relaciones entre los Estados, la independencia judicial y las garantías procesales. Además, aun suponiendo que se pudieran invocar excepciones a la inmunidad, el enjuiciamiento de funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones por parte de un tribunal penal extranjero plantea problemas técnicos y políticos, especialmente cuando se impide a esos funcionarios ejercer sus funciones y se afectan las relaciones entre los Estados durante el prolongado proceso de investigación de los hechos de la causa. La situación se complica todavía más si en definitiva se comprueba que el funcionario era inocente. La Comisión deberá prestar más atención a esos aspectos de la cuestión.

70. En cuanto a la inmunidad de los funcionarios del Estado una vez cesado su mandato, Argelia respalda la opinión de que la inmunidad sigue existiendo; sin embargo, es necesario definir su alcance, ya que está sujeta a distintas interpretaciones. Además, la totalidad del tema de la impunidad no se puede examinar aisladamente de otros temas, como *aut dedere aut judicare* o, en particular, el principio de la jurisdicción universal. También es necesario mantener un ordenamiento jurídico internacional caracterizado, al igual que los ordenamientos internos, por la seguridad, previsibilidad y claridad. La Comisión podría, si así se le solicita, seguir examinando ciertos aspectos de la aplicación de ese principio, sin perjuicio de su inclusión en el programa de la Sexta Comisión.

71. Argelia acoge complacida la labor inicial sobre la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, habida cuenta de su importancia para el desarrollo y la codificación del derecho internacional. Sin embargo, no se debe tratar de codificar el tema mismo, habida cuenta de la manera espontánea en que se desarrolla la costumbre. Más bien, se deberá tratar de identificar y describir las tendencias recientes en la formación del derecho consuetudinario, sin atribuirle valor normativo.

72. En general la Comisión ha respetado los criterios que estableció en 1998 para su programa de trabajo, especialmente con miras a satisfacer las necesidades de los Estados Miembros en relación con temas determinados. La propuesta de que la Comisión celebre parte de su período de sesiones en Nueva York merece ser examinada seriamente, al igual que toda propuesta que pueda ayudarla a realizar sus tareas de manera más eficaz.

73. **El Sr. Song** (Singapur) dice que espera con interés la nueva perspectiva que la nueva Relatora Especial aportará a la labor de la Comisión respecto del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y espera que adopte un criterio equilibrado. Respecto de la aplicación provisional de los tratados, Singapur, que es un centro de transporte aeronáutico, tiene un interés más que académico en el tema, ya que los tratados bilaterales y multilaterales de aviación civil a menudo se siguen aplicando con carácter “provisional”, aun en los casos en que se los ha actualizado. Respecto del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, Singapur respalda la opinión de Relator Especial de que el producto de la labor de la Comisión podría adoptar la forma de conclusiones o directrices con comentarios, ya que una convención no se prestaría a mantener el grado de flexibilidad inherente al proceso consuetudinario. En tal sentido, conviene con el Relator Especial en que convendría procurar información de los gobiernos.

74. En cuanto a la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*), el orador dice que el Grupo de Trabajo podría esperar que el tema adquiriera un mayor impulso después del fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)*. Singapur reconoce los progresos alcanzados por el Grupo de Estudio respecto de los tratados en el tiempo; sus seis conclusiones preliminares adicionales arrojarán luz en una esfera del derecho internacional actualmente caracterizada por la incertidumbre. La labor del Grupo de Estudio sobre la cláusula de nación más favorecida, al procurar promover una mayor uniformidad en los criterios adoptados en los laudos arbitrales sobre ese tipo de cláusulas, también podría aportar una contribución importante y muy necesaria en pro de la certeza y estabilidad en la esfera del derecho de las inversiones; por tratarse de un país cuya economía depende en gran medida del comercio, Singapur insta a la Comisión a acelerar su labor sobre ese tema.

75. **El Sr. Pérez de Nanclares** (España) dice que la delegación de España desea dejar constancia expresa de la importancia y el valor de los avances alcanzados por la Comisión de Derecho Internacional durante su 64º periodo de sesiones, en particular en relación con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Se trata de

un tema muy complejo, ya que encuentra su fundamento último en el derecho consuetudinario, e incide de forma muy diversa sobre otras categorías esenciales del derecho internacional contemporáneo; también resulta un tema delicado porque la necesaria estabilidad de las relaciones internacionales ha de verse completada de algún modo por la lucha contra los más graves crímenes de trascendencia internacional. Es una cuestión que reclama un análisis equilibrado y prudente que respete tanto el principio básico de igualdad soberana de los Estados como el objetivo de luchar contra la impunidad. La inmunidad no puede ser absoluta, pero la fijación de límites no puede tampoco desvirtuar su esencia. De hecho, la reciente jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, particularmente su fallo en la causa *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, tiende a respaldar la opinión de que los límites a la inmunidad se deben inspirar en criterios realistas. Por ello, la Comisión habrá de tener muy presente en sus trabajos la distinción entre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. En ese sentido, el enfoque sistémico adoptado por la Relatora Especial será de gran trascendencia, porque de él dependerá buena parte del destino final que tenga esta cuestión. Si su dimensión abstracta y deductiva no se combina adecuadamente con los necesarios elementos inductivos procedentes de la práctica, la utilidad del resultado podría quedar condicionada.

76. La distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es de capital relevancia. Si se considerase pertinente ampliar la primera a personas más allá de la llamada “troika”, habría que concretar muy bien los criterios de determinación, que deberían ser además extraordinariamente restrictivos; respecto de la segunda, el punto central sería lo que ha de entenderse como acto oficial *ultra vires*, interpretación que no puede hacerse bajo criterios extensivos. Una vez circunscritos los respectivos ámbitos de cada una, el núcleo central del problema lo constituye probablemente el capítulo de las posibles excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, particularmente por lo que se refiere a la inmunidad *ratione materiae*, para lo cual habrá que realizar un concienzudo estudio de la práctica. Por esas razones, España considera que sería prematuro decantarse sobre la forma final que habrá de adoptar la labor de la Comisión en este tema; no está convencida de la

viabilidad de preparar proyectos de artículo teniendo en mente un instrumento vinculante.

77. Pasando al tema de la aplicación provisional de los tratados y, en particular, la relación entre los artículos 18 y 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, España considera que la obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor, por un lado, y la aplicación provisional, por el otro, conforman situaciones y regímenes jurídicos totalmente diferentes. También considera que la práctica estatal y la de otros sujetos de derecho internacional resulta fundamental para verificar su aplicación e interpretación. Por ejemplo, en el caso de la Unión Europea, el mecanismo de aplicación provisional se utiliza para adelantar la aplicación de aquellas partes de un tratado con terceros Estados que son de competencia exclusiva de la Unión. Los problemas que se plantean por ese motivo merecen una reflexión propia y demuestran la incidencia de un régimen internacional especial en la aplicación provisional de un tratado, pues pueden surgir conflictos que afecten al tercer Estado en la determinación de lo que es o no competencia exclusiva de la Unión Europea. Los acuerdos celebrados para el rescate de Grecia presentan una interesante problemática al respecto.

78. En cuanto al complejo tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, la utilidad del resultado final dependerá en buena medida del sentido práctico que se logre dar al tema. En todo caso, difícilmente se podrá ir más allá de la elaboración de las conclusiones y unos comentarios cuyo valor vendrá condicionado por la riqueza del estudio que se haga de la práctica de los tribunales judiciales y arbitrales, así como también de los Estados y las organizaciones internacionales.

79. Respecto del tema *aut dedere aut judicare*, España no termina de tener muy claro cuáles son las cuestiones a tratar, ni tampoco su viabilidad, habida cuenta de las muy diferentes formas en que opera esta obligación en los diferentes regímenes convencionales. No parece que el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Bélgica c. Senegal* conduzca fácilmente a un cambio en esa percepción.

80. España da la bienvenida a la decisión de nombrar un relator especial para el tema de los tratados en el tiempo. El cambio de estructura de los trabajos y un enfoque más limitado del tema, circunscribiéndolo tan

solo a los acuerdos posteriores y a la práctica anterior, será positivo para los trabajos de la Comisión en este espinoso tema. El principal problema es definir adecuadamente el alcance del tema con el referido enfoque limitado y lograr que las propuestas que se preparen tengan un contenido normativo suficiente. Quedará para futuras sesiones de la Comisión profundizar en cuestiones controvertidas, como las dudas sobre su naturaleza, la posibilidad de que una práctica o un acuerdo ulterior den lugar a la modificación de los respectivos tratados, la concreción de los efectos de una práctica ulterior contradictoria, la posibilidad de prácticas posteriores que no tengan carácter específico o las dificultades para la tramitación interna de los acuerdos posteriores previstos en el artículo 31.3 de la Convención de Viena de 1969.

81. Respecto del tema de la cláusula de nación más favorecida, España recibe con interés los resultados de la labor del Grupo de Estudio y esperará atenta el debate apasionante y complejo que se habrá de producir habida cuenta de las doctrinas contrapuestas dimanadas de los laudos arbitrales.

82. **El Sr. Zappala** (Italia) recibe con beneplácito a la nueva Relatora Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y recuerda el principio fundamental de que todos los funcionarios del Estado deben gozar de inmunidad de jurisdicción extranjera por actos realizados en su capacidad oficial, con excepción de los crímenes de derecho internacional; esos actos oficiales se deben atribuir al Estado de origen, con arreglo a las normas ordinarias sobre la responsabilidad de los Estados, y se deben abordar en el marco de las relaciones entre Estados; sin embargo, los actos realizados por esos funcionarios a título privado están sujetos a las normas ordinarias de jurisdicción, a menos que se apliquen tipos especiales de inmunidad personal, como en el caso de la “troika”. El ámbito en que se plantean problemas y en el que se necesita seguir trabajando se refiere a las pocas categorías de crímenes específicos de derecho internacional que figuran en los estatutos de órganos como los tribunales especiales de las Naciones Unidas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La inmunidad no debe entrañar impunidad y, por ese motivo, se debe contar con normas o mecanismos adecuados que permitan lograr una reparación.

83. La necesidad de contar con respuestas jurídicas adecuadas ante los crímenes internacionales, ya sea por

conducto de los tribunales nacionales o mecanismos internacionales, no entraña necesariamente que se deban hacer excepciones a la norma de la inmunidad de los funcionarios del Estado, ya que en ciertos casos podría haber normas específicas respecto de la responsabilidad penal individual de los funcionarios. Los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, en particular, podrían recaer tanto bajo la responsabilidad individual como la del Estado. Sería realmente útil seguir examinando la totalidad de la relación existente entre jurisdicción e inmunidad en función de esos lineamientos, con las directrices del Relator Especial. Respecto de la distinción entre *ratione materiae* y *ratione personae*, Italia considera importante determinar que la inmunidad en razón de esta última no puede justificar la comisión de crímenes internacionales, aun cuando la dimensión de *ratione personae* pueda obstaculizar temporalmente el enjuiciamiento ante los tribunales extranjeros.

84. Pasando al tema de *aut dedere aut judicare*, el orador dice que la obligación se basa en un principio de cooperación que es particularmente importante para el enjuiciamiento de crímenes que causan preocupación a la comunidad internacional en conjunto y que sirve para luchar contra la impunidad y evitar que los Estados se conviertan en refugios para los presuntos autores de crímenes graves. Todavía es necesario determinar la cuestión de si esos principios se pueden identificar en una norma consuetudinaria que establezca una obligación de esa naturaleza, fuera del contexto del derecho convencional.

85. Italia acoge complacida la inclusión del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario en el programa de trabajo de la Comisión, pero advierte contra las formulaciones que puedan restringir la actividad de los jueces en los planos interno e internacional, así como la de otros intérpretes del derecho. La naturaleza prácticamente espontánea del derecho consuetudinario es una de sus características principales y, si bien tal vez sea útil estudiar los elementos que contribuyen a su formación y documentación, ello no debería ser una empresa exhaustiva. El derecho consuetudinario no se puede circunscribir mediante una actividad de codificación, y toda tentativa de determinar estrictamente sus normas *in statu nascendi* podría ser contraria al necesario desarrollo del derecho internacional. En todo caso, en esa esfera se debe dar al intérprete un alto grado de flexibilidad. Lo que se debe

determinar no es tanto si existen elementos que ayuden a identificar la formación o la documentación del derecho consuetudinario como el hecho de que, al proceder de esa manera, se excluyen otros elementos. En ocasiones tal vez la *opinio juris* tenga más fuerza y pertinencia que la práctica, pero en otras ocasiones la práctica real tal vez carezca la clara expresión de una *opinio juris*. Si bien los resultados de una actividad de relevamiento quizás sean menos satisfactorios que lo esperado, Italia está dispuesta a contribuir en las actividades que el Relator Especial despliegue en esa esfera.

86. **La Sra. Del Sol Domínguez** (Cuba) destaca la importancia de la labor de la Comisión en el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, con el objetivo de que fortalezca aún más los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y otras fuentes del derecho internacional, especialmente el respeto de la soberanía de todos los Estados. Cuba sostiene que la Comisión debe codificar las normas de derecho internacional existentes para evitar la peligrosa inclusión en el derecho consuetudinario de excepciones a la inmunidad, y considera que en modo alguno se deben aplicar el principio de la jurisdicción universal ni la obligación de extraditar o juzgar a los funcionarios que gozan de inmunidad. Corresponde a cada país decidir cuáles son los titulares de altos cargos que deben gozar de inmunidad; en Cuba, la Ley de Procedimiento Penal (Ley No. 5, de 13 agosto 1977) contiene una disposición en tal sentido. El derecho cubano garantiza que no exista impunidad de los responsables de violaciones del derecho internacional y de crímenes de lesa humanidad; sin embargo, deben respetarse las normas existentes de derecho internacional público y de las legislaciones nacionales sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado. Cuba reitera su apoyo a toda iniciativa dirigida a esclarecer el contenido del tema y a preservar el consagrado régimen de inmunidad penal de los funcionarios del Estado, basado en las convenciones internacionales y los principios de derecho internacional.

87. El tema de la obligación de extraditar o juzgar es de suma importancia para la comunidad internacional. Las disposiciones consagradas en la Carta de las Naciones Unidas, especialmente la igualdad soberana de los Estados, la independencia política y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, deben

ser estrictamente respetadas durante los procedimientos judiciales derivados del ejercicio de la jurisdicción universal. La labor de la Comisión debe concentrarse en consignar los principios generales que rigen la extradición y en los motivos para denegar la extradición, como se establece en el artículo 3 (Motivos para denegar facultativamente la extradición) del Tratado Modelo de Extradición, que figura en el anexo a la resolución 45/116 de la Asamblea General.

88. Sería conveniente determinar los delitos extraditables como marco general, sin perder de vista el derecho de cada país a determinar en su legislación nacional los delitos por los que se accederá a la extradición. Además, la obligación de extraditar o juzgar nace desde el momento en que se verifica que el presunto delincuente se encuentra en el territorio del Estado, pero esa obligación solo surge si existe un tratado o una declaración de reciprocidad entre los Estados del caso.

89. La finalidad de la obligación en cuestión, al igual que la del principio de la jurisdicción universal, es luchar contra la impunidad respecto de ciertos tipos de delitos lesivos a la comunidad internacional. En tal sentido, es importante especificar el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal, teniendo en cuenta que el uso indebido del principio puede tener efectos negativos para la soberanía del Estado.

90. Cuba es partidaria de regular principios procesales para la solicitud y el acceso a la extradición, entre los cuales se podrían incluir la presentación de documentos de pruebas que justifiquen la extradición, los deberes y derechos para la detención, la aplicación de medidas cautelares y el traslado del delincuente, así como el derecho de reclamación del supuesto delincuente ante una violación de las normas establecidas para su extradición. La obligación de extraditar o juzgar depende no solo de la práctica, sino también del derecho internacional y de su relación con el derecho nacional de cada uno de los Estados. De hecho, si el Estado requerido no accediera a la extradición, está obligado a ejercer la acción penal, pero conforme a lo establecido en su legislación interna. La legislación cubana no distingue delitos o categorías de delitos en relación a los que se deba hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar, ni se han suscitado casos de esa naturaleza en los tribunales. La aceptación o el rechazo de una solicitud de extradición se basa en los principios de independencia,

soberanía, no injerencia en los asuntos internos y la práctica de la reciprocidad entre los Estados.

91. Respecto del tema “La cláusula de nación más favorecida”, Cuba agradece la labor del Grupo de Estudio, especialmente por los vínculos de dicha cláusula con los tratados de protección de inversiones, y respalda la idea de estudiar los principios aplicables a los acuerdos internacionales sobre la base de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Resulta preocupante que la cláusula de nación más favorecida se pueda utilizar para exigir derechos que no fueron establecidos en el acuerdo, y que incluso muchas veces fueron excluidos expresamente. Ese uso cuestionable de criterios contenidos en otras normas e instrumentos jurídicos que son ajenos al tratado en cuestión es abiertamente contrario a los principios de interpretación y aplicación establecidos en la mencionada Convención de Viena. Cuba observa con preocupación que los tribunales arbitrales, en su afán de declararse competentes para conocer de casos, están ampliando indebidamente el ámbito de aplicación de los acuerdos de protección de inversiones basándose en principios como la cláusula de nación más favorecida. Una interpretación amplia de esa cláusula afecta el equilibrio del acuerdo de protección de inversiones y restringe la soberanía del Estado receptor de la inversión en cuanto al trazado de políticas. En consecuencia, debe respetarse lo pactado en el tratado, por lo que las disposiciones sobre nación más favorecida debe ser expresadas de forma literal en el texto del acuerdo, sobre todo en lo que a arreglo de controversias se refiere; de lo contrario, no existe espacio a interpretaciones extensivas.

92. Respecto del tema de la aplicación provisional de los tratados, la oradora dice que Cuba le otorga gran importancia y felicita a la Comisión por haberlo incluido en su programa de trabajo. Espera con interés los resultados de la labor al respecto, así como respecto del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, que será de utilidad para el derecho internacional.

93. **El Sr. Leonidchenko** (Federación de Rusia) dice que el tema de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado afecta los fundamentos mismos de la soberanía del Estado. El anterior Relator Especial preparó un análisis amplio de la cuestión que tuvo en cuenta la práctica y la teoría vigentes, estableciendo las bases para la labor futura. La elección de una nueva Relatora Especial no debe

cambiar la dirección establecida por esa labor. En la labor futura se deberá seguir estableciendo una distinción entre inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*. Habida cuenta de la complejidad jurídica del tema y de su delicadeza política, que exige una claridad máxima, un objetivo apropiado será la aprobación de un proyecto de artículos y la elaboración de una convención sobre la base de ese último.

94. La nueva tendencia de limitar la inmunidad, señalada por la Relatora Especial en su informe preliminar (A/CN.4/654), se observa patentemente en la creación de instituciones de justicia penal internacional, pero no dentro del alcance del tema que se examina. En la comunidad internacional hay un consenso cada vez mayor que favorece el desarrollo de un sistema de justicia penal internacional, así como la opinión de que el cargo oficial que ocupen las personas del caso no afecta en modo alguno las capacidades de ese sistema. Sin embargo, las tentativas por ampliar la jurisdicción universal a nivel nacional y delimitar la inmunidad de los funcionarios en los tribunales extranjeros, más que en los internacionales, ha provocado tensiones políticas y resultan contrarias al objetivo principal de hacer justicia. Como se observa en las limitaciones legislativas puestas en práctica por Bélgica y España -pioneros de la jurisdicción universal- en la práctica la comunidad internacional no estaba preparada para el desarrollo progresivo del derecho internacional en tal sentido.

95. El fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Inmunidades jurisdiccionales* confirmó la posición adoptada por ese tribunal en las causas *Orden de detención* y *Djibouti c. Francia*: la inmunidad *ratione personae* de los miembros de la “troika” quedó establecida firmemente en el derecho internacional y no admite excepción alguna. La opinión expresada en el documento final de la Cumbre de 2012 del Movimiento de los Países No Alineados y la posición adoptada por el Departamento de Estados de los Estados Unidos de América en la reciente causa *Doe et al v. Zedillo* indica que no hay ninguna tendencia favorable a establecer excepciones a la norma de la inmunidad aplicable a la “troika”.

96. Toda tentativa de comparar los valores que se encuentran en el núcleo del tema, como la estabilidad de las relaciones internacionales y la lucha contra la impunidad, debe tener en cuenta las normas de derecho internacional consuetudinario y la práctica de los tribunales internacionales e internos. La inmunidad de

jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado se aplica a aspectos del proceso penal que imponen una obligación jurídica al funcionario, pero no respecto del derecho de fondo de un Estado extranjero. Una investigación o un enjuiciamiento penal con arreglo a una jurisdicción nacional no constituyen por sí mismos una violación de la inmunidad. El Estado para el cual presta servicios el funcionario también afronta un dilema al decidir si debe hacer valer la inmunidad ya que, al actuar de esa manera, el Estado asume la responsabilidad por el acto ilícito y sus consecuencias. La Federación de Rusia respalda la idea de que la inmunidad *ratione personae* se podría aplicar otros funcionarios, lo que se correlacionaría con el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención* y con el hecho de que a menudo los Estados están representados en las relaciones internacionales por funcionarios no incluidos en la “troika”. Sería preferible establecer una lista de los funcionarios que reúnan las condiciones del caso en vez de una lista de criterios.

97. La formulación de nuevas normas *de lege ferenda* exige la aplicación de un criterio excepcionalmente equilibrado. La Federación de Rusia acoge con beneplácito la propuesta de la Relatora Especial de abordar el tema desde el punto de vista de la codificación de las normas vigentes de derecho internacional. A medida que se identifiquen las zonas grises, la Comisión podría proceder al desarrollo progresivo de esos aspectos del derecho internacional sobre la base del consenso. Los aspectos procesales de la alegación de inmunidad ofrecen muchas oportunidades de desarrollo progresivo, mucho más que las cuestiones relativas al alcance de la inmunidad y las excepciones a esta.

98. Pasando al tema de la aplicación provisional de los tratados, el orador insta a que la Comisión adopte un criterio cuidadoso y pragmático. El concepto juega un papel importante para ciertos tipos de tratado, por lo que la elaboración de normas estrictas sería contraproducente. Acoge complacido la decisión de solicitar a la Secretaría que prepare un memorando especial sobre la labor previa de la Comisión sobre el tema, en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

99. Como no hay un entendimiento común sobre el proceso de formación del derecho internacional

consuetudinario, las recomendaciones prácticas que formulase la Comisión serían extremadamente útiles para los organismos nacionales encargados del cumplimiento de la ley y para los especialistas que necesitan aplicar normas de derecho internacional consuetudinario. La Federación de Rusia respalda la propuesta del Relator Especial de que la labor de la Comisión adopte la forma práctica de un conjunto de conclusiones con comentarios. La Comisión debe proceder con cuidado a fin de no afectar la flexibilidad y el desarrollo futuro del derecho internacional consuetudinario. La búsqueda de documentación de las normas consuetudinarias está vinculada inseparablemente a la búsqueda del proceso de formación del derecho internacional consuetudinario y a la función que al respecto desempeñan la práctica de los estados y la *opinio juris*. Las costumbres contemporáneas permiten a la comunidad internacional reaccionar ante los retos mundiales, pero a menudo se formulan en situaciones en que la práctica de los Estados es insuficiente o contradictoria; en consecuencia, se debe prestar particular atención a las costumbres contemporáneas que reflejan la práctica de los Estados. También sería útil un glosario sobre el tema en los seis idiomas oficiales de la Organización. En el contexto del tema, no resulta conveniente examinar el *jus cogens*.

100. El tema de la obligación de extraditar o juzgar tiene especial interés para el Gobierno de la Federación de Rusia, que uniformemente ha instado a ampliar el principio a fin de incluir los crímenes más graves con repercusiones internacionales, con lo cual se ayudaría a llenar las lagunas en la lucha contra la impunidad, que algunos Estados están tratando en vano de abordar mediante la aplicación unilateral de su jurisdicción universal.

101. El tema de la obligación de extraditar o juzgar debe examinarse separadamente del tema de la jurisdicción universal, cuyo alcance y aplicación todavía se están debatiendo. Cuando la jurisdicción se ejerce con fundamento en la obligación de extraditar o juzgar, con el consentimiento de otro Estado y a solicitud de este, que puede ejercer la jurisdicción por sí mismo con fundamento en los vínculos tradicionales, se elimina el riesgo de que surjan complicaciones y problemas entre los Estados para la obtención de asistencia en la investigación del delito, ambos conexos a la jurisdicción universal en su forma pura.

102. La Federación de Rusia acoge con beneplácito los progresos logrados por la Comisión en los temas de los tratados en el tiempo y la cláusula de nación más favorecida, y sigue opinando que, cualquiera sea el resultado, el material analítico elaborado por la Comisión respecto de esos temas será útil para todos los Estados y organizaciones interesadas.

103. En cuanto a la propuesta de elaborar una convención universal que incorpore normas jurídicamente vinculantes para regular la cooperación entre los Estados en la protección de la atmósfera, el orador señala que esa cooperación ya se rige por instrumentos universales vigentes, como la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo) y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, que contienen principios generales que no son jurídicamente vinculantes. La naturaleza no vinculante de esos principios garantiza la flexibilidad en un tema tan delicado y permite el desarrollo futuro. Si los principios se volvieran jurídicamente vinculantes, automáticamente se limitarían los progresos futuros del derecho internacional en esa esfera y se complicaría la búsqueda del consenso entre los Estados. No es realista el criterio propuesto de extraer ciertos principios generales aplicables al tema a partir de los tratados existentes. Cada tratado refleja tanto la posición jurídica de los Estados como el frágil consenso logrado en cada caso concreto, que no habría sido aceptable en otro caso. No hay certezas de que se pueda trazar un paralelo con la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que contiene normas jurídicamente vinculante relativas a aspectos concretos de la protección del medio marino, más que un conjunto de principios generales que regulan la cooperación de los Estados en esa esfera. El tema se presta más a investigaciones científicas que a un análisis jurídico a cargo de la Comisión. La Federación de Rusia presta apoyo a la decisión transparente de la Comisión de no iniciar por el momento los trabajos sobre el tema.

104. **La Sra. Che Meh** (Malasia) dice que Malasia reconoce la naturaleza compleja y delicada del tema de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado, al que considera regido por los principios de derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y no injerencia en sus asuntos internos; en virtud de esos principios, los

representantes de los países pueden desempeñar sus funciones sin obstáculos. El tema se encuentra todavía en una etapa preliminar y no se puede examinar aisladamente: se deben tener en cuenta los aspectos *de lege lata* y *de lege ferenda*, de conformidad con el mandato de la Comisión de dedicarse simultáneamente a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional. En todo caso, respecto de la inmunidad *ratione materiae*, Malasia considera que se debe determinar el alcance de los “actos oficiales” antes de considerar temas como las excepciones a dicha inmunidad. Igualmente, el alcance de la inmunidad debe determinarse antes de estudiar si las normas sobre crímenes internacionales o actos contrarios al *jus cogens* autorizan la renuncia a la inmunidad. En cuanto a la inmunidad *ratione personae*, se debe actuar con cautela en el estudio de la posible ampliación de ese privilegio más allá de la “troika”.

105. Malasia acoge con beneplácito la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión del tema de la formulación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Habida cuenta de las distintas opiniones que existen sobre lo que constituye derecho internacional consuetudinario, es necesario realizar un análisis a fondo. Para determinar el alcance del tema, la Comisión deberá tener en cuenta la mayor cantidad posible de prácticas de los Estados y sus criterios terminológicos, a fin de establecer una comprensión común que sin duda afectaría la labor futura al respecto.

106. En cuanto al tema de *aut dedere aut judicare*, y habida cuenta de la particular atención prestada al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)*, Malasia estima que, si bien aparentemente en el fallo no se determinó que la obligación era parte del derecho internacional consuetudinario, se arrojó luz sobre la manera en que se deben interpretar, aplicar y ejecutar las disposiciones convencionales en tal sentido. En todo caso, antes de continuar el desarrollo progresivo en esa esfera del derecho penal internacional, la Comisión deberá determinar la situación en que se encuentra la obligación, ya que es necesario seguir aclarando su significado y naturaleza.

107. Respecto del tema de la cláusula de nación más favorecida, la oradora dice que, habida cuenta las divergencias jurisprudenciales respecto de la aplicabilidad de esa cláusula en contextos particulares,

sería prudente guiarse por la intención que tuvo el Estado al incluir esa cláusula en sus tratados; en consecuencia, la cláusula debe interpretarse de manera que no perjudique los intereses del Estado respecto del trato que desea acordar. Las orientaciones posibles en tal sentido no deben limitarse a la soberanía de los Estados para decidir la manera en que deseen interpretar y aplicar la cláusula; por tratarse de directrices, deben seguir siendo no vinculantes y no deben cristalizarse en derecho internacional consuetudinario.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.