



Artículos

Sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

Juan Alberto Rial¹

Como en las últimas ediciones del Anuario, nos encontramos el día de hoy para conversar sobre lo que ha sido la labor de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en el último año, en el entendimiento de que refleja los tópicos donde la Comunidad Internacional requiere una más clara o una nueva regulación jurídica.

En el informe, la Comisión aprueba como agenda de trabajo, los siguientes temas:

1. Expulsión de extranjeros.
2. La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare).
3. Protección de las personas en casos de desastre.
4. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
5. Aplicación provisional de los tratados.
6. Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario.

¹ Secretario del Instituto de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Profesor de Derecho Internacional en la misma casa, y Secretario del Departamento de Seguridad Internacional y Defensa

7. Los tratados en el tiempo.

8. La cláusula de la nación más favorecida.

En lo concerniente al tema "Expulsión de extranjeros", la Comisión consideró el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/651), que ofrecía una visión general de los comentarios que hicieron sobre el tema los Estados y la Unión Europea en el debate que se había celebrado en la Sexta Comisión durante el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, así como varias observaciones finales formuladas por el Relator Especial, en particular sobre la forma que debe revestir el resultado final de los trabajos de la Comisión sobre el tema.

Fruto de tal su examen del tema, la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 32 proyectos de artículo, y decidió, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que presentaran dichos comentarios y observaciones al Secretario General a más tardar el 1º de enero de 2014 (cap. IV).

Por lo que respecta al tema "Protección de las personas en casos de desastre", la Comisión evaluó el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/652), en el que se hacía una exposición aclaratoria sobre el deber de cooperar y se examinaban las condiciones de prestación de la asistencia y del cese de esta. Tras un debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción un proyecto de algunos artículos.

Después de ello, la Comisión tomó nota de los cinco proyectos de artículo o aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, relativos a las formas de cooperación, los ofrecimientos de asistencia, las condiciones de prestación de la asistencia externa, la facilitación de la asistencia externa y el cese de la asistencia externa, respectivamente.

En lo relacionado con el tópico "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial, que ofrecía una perspectiva general de la labor del ex Relator Especial, así como del debate celebrado sobre el tema en la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General; enumeraba las cuestiones que habría que considerar en el presente quinquenio, con especial atención a la distinción y relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, así como el fundamento de ambas categorías; la distinción y relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo, y su incidencia en la inmunidad; el alcance de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* y los aspectos de dimensión procesal vinculados a la inmunidad; y ofrecía un esquema del plan de trabajo.

En lo relativo al tema "Aplicación provisional de los tratados", la Comisión decidió incluirlo en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo. El Relator Especial presentó a la Comisión un informe oral sobre las consultas oficiosas que había presidido, con miras a iniciar un diá-

logo oficioso con los miembros de la Comisión sobre diversas cuestiones que podrían ser de interés para el examen de este tema. Entre los aspectos tratados en las consultas oficiosas figuraban, en particular, el alcance del tema, la metodología, el posible resultado final de los trabajos de la Comisión, así como diversas cuestiones sustantivas relacionadas con el tema.

En lo referente a la temática de la "Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario", la Comisión se inclinó por la inclusión en su programa de trabajo y procedió a designar como Relator Especial al Sr. Michael Wood. En la segunda parte del período de sesiones, la Comisión estudió una nota del Relator Especial cuyo objetivo era promover un debate inicial y se refería al posible alcance del tema y a problemas terminológicos y cuestiones de metodología, así como a diversos aspectos específicos que podrían abordarse en el examen del tema.

En relación con el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)", la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que hiciera una evaluación general del tema en su conjunto, centrándose en las cuestiones relativas a su viabilidad y las medidas que debían adoptarse para seguir avanzando, a la luz del debate sobre el tema celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El Grupo de Trabajo pidió a su Presidente que preparara un documento de trabajo, en el cual se analizaran las diversas perspectivas en relación con el tema a la vista de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012 (Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite - Belgium v. Senegal), así como de cualquier otra novedad al respecto.

Sobre la cuestión de "Los tratados en el tiempo", la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio, que continuó su labor sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. El Grupo de Estudio concluyó su examen del segundo informe de su Presidente sobre la jurisprudencia en el marco de los regímenes especiales respecto de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, examinando algunas conclusiones preliminares restantes que figuraban en dicho informe. Teniendo en cuenta los debates celebrados en el Grupo de Estudio, el Presidente reformuló el texto de otras seis conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio sobre las cuestiones siguientes: la práctica ulterior como reflejo de una posición relativa a la interpretación de un tratado; la especificidad de la práctica ulterior; el grado de participación activa en una práctica y el silencio; los efectos de una práctica ulterior contradictoria; el acuerdo o la práctica ulteriores y los procedimientos formales de enmienda o interpretación; y la práctica ulterior y la posible modificación de un tratado. El Grupo de Estudio también examinó el tercer informe de su Presidente sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados al margen de los procedimientos judiciales y cuasijudiciales.

En el actual período de sesiones, la Comisión decidió nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial del tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la tribunales sobre inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento.

En lo atinente al tema de "La cláusula de la nación más favorecida", la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio que continuó debatiendo sobre los factores que parecían influir en los tribunales sobre inversiones en la interpretación de las cláusulas NMF, sobre la base, entre otras cosas, de documentos de trabajo relativos a la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF en los acuerdos sobre inversiones y al efecto de la naturaleza mixta de los tribunales sobre inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento.

La Comisión continuó con los tradicionales intercambios de información con la Corte Internacional de Justicia, la Organización Consultiva Jurídica Asiática-Africana, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, y el Comité Jurídico Interamericano.

Como vemos, la regla es el tratamiento de cuestiones propias del Derecho Internacional Clásico. Muchos de los temas que hemos comentado en Informes Previos ya se han convertido en Proyectos de Tratados, listos a ser meritados en Conferencias Internacionales. Algunos de estos están cerca de conseguir ese estatus.

Es nuestro deseo que el compromiso de los Estados al regular más cantidad de parcelas de las relaciones internacionales se traduzca en un mayor ordenamiento de la Sociedad Internacional, y que nos permita vivir en un mundo en paz.

Hasta el próximo año.

ANEXO

TEMAS CONCRETOS:

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

En lo relativo al tema "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", la Comisión pide a los Estados que proporcionen información sobre su legislación y práctica nacionales en lo que concierne a las cuestiones siguientes:

a) ¿Produce la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* consecuencias jurídicas diferentes y, en tal caso, cómo son objeto de un tratamiento diferenciado?

b) ¿Qué criterios se utilizan para determinar las personas que gozan de inmunidad *ratione personae*?

B. Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario

La Comisión solicita a los Estados información sobre su práctica relativa a la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de elementos que pueden servir de prueba de ese derecho en una situación dada, tal como se manifiestan en:

a) Las declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales; y

b) Las resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales.

C. Expulsión de Extranjeros

En el anterior período de sesiones la Comisión examinó la adición 2 del sexto informe y el séptimo informe del Relator Especial.

Tuvo también ante sí las observaciones enviadas hasta el momento por los gobiernos. La Comisión remitió al Comité de Redacción diversos proyectos de artículo.

En dicho período de sesiones la Comisión remitió también al Comité de Redacción el resumen reestructurado del proyecto de artículos que figuraba en el séptimo informe presentado por el Relator Especial. En el mismo período de sesiones la Comisión tomó nota de un informe provisional del Presidente del Comité de Redacción en el que este informaba a la Comisión de los avances en la labor acerca del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros en su conjunto, que estaba a punto de concluirse a fin de presentarlo a la Comisión para que lo aprobara en primera lectura en el 64º período de sesiones.

Examen del tema en el actual período de sesiones

En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial, que examinó en su sesión de mayo de 2012.

El octavo informe ofrecía, para comenzar, un panorama general de los comentarios formulados por los gobiernos y por la Unión Europea sobre el tema de la expulsión de extranjeros en los debates sobre el informe de la Comisión que tuvieron lugar en la Sexta Comisión en el sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General; a continuación contenía una serie de observaciones finales del Relator Especial. Al presentar el informe, el Relator Especial señaló que, a su juicio, la mayoría de los comentarios se referían al desfase entre los avances de la Comisión en el examen del tema y la información y aspectos conexos sometidos a la consideración de la Sexta Comisión en el marco del examen de informes anuales precedentes de la Comisión. Por ello, el Relator Especial se había esforzado en deshacer los malentendidos a que había dado lugar dicho desfase teniendo en cuenta, en su caso, ciertas sugerencias o proponiendo determinados ajustes en la formulación del proyecto de artículos. Dado que este ya había sido remitido al Comité de Redacción por la Comisión, era en ese marco que convendría, llegado el caso, examinar las sugerencias que, por otra parte y en lo esencial, se referían a la redacción.

El octavo informe se refería también a la cuestión de la forma que debía revestir el resultado final de los trabajos de la Comisión sobre el tema, cuestión que se había planteado tanto en los debates celebrados en el seno de la propia Comisión como en la Sexta Comisión. A este respecto, el Relator Especial seguía estando convencido de que muy pocos temas se prestaban tanto a la codificación como el de la expulsión de extranjeros. Así pues, deseaba que, llegado el momento, la Comisión transmitiera a la Asamblea General el resultado de sus

trabajos sobre el tema de la expulsión de extranjeros en forma de un proyecto de artículos y que fuera la Asamblea la que decidiera la forma definitiva que convenía darle.

En sus sesiones de fines de mayo de 2012, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura, un total de 32 proyectos de artículo sobre la expulsión de extranjeros .

En la sesión del 31 de julio de 2012, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones hasta el 1º de enero de 2014 a más tardar.

D. Protección de las Personas en casos de desastre

En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial que ofrece un panorama general de las opiniones de los Estados sobre la labor realizada por la Comisión hasta el momento. En el informe se efectúa un breve examen de la posición del Relator Especial respecto de la cuestión planteada por la Comisión en el capítulo III.C de su informe anual de 2011, y un examen más a fondo del deber de cooperar, así como un análisis de las condiciones para la prestación de asistencia y de la cuestión de la terminación de la asistencia. Se hacen en él propuestas para los tres proyectos de artículo siguientes: proyectos de artículo A (Desarrollo del deber de cooperar), 13 (Condiciones a la prestación de asistencia) y 14 (Terminación de la asistencia)

La Comisión examinó el quinto informe en sus sesiones, y remitió los proyectos de artículo A, 13 y 14 al Comité de Redacción, y tomó nota de los proyectos de artículo 5 bis y 12 a 15 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción

Presentación por el Relator Especial de su quinto informe

Al presentar su quinto informe el Relator Especial recordó la recepción en general positiva por parte de los Estados en la Sexta Comisión de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión de Derecho Internacional. También constar su posición con respecto a la cuestión planteada por la Comisión, respecto de si el deber de los Estados de cooperar con el Estado afectado incluye el deber de prestar asistencia cuando el Estado afectado lo solicite.

Señaló que el análisis del derecho y la práctica existentes ponía de manifiesto que la prestación de asistencia de un Estado a otro se basaba en el carácter voluntario de la actuación del Estado que presta asistencia. El Relator Especial observó que muchos Estados en la Sexta Comisión habían respondido en sus declaraciones de manera negativa a la cuestión planteada por la Comisión, argumentando principalmente que dicho deber carecía de fundamento en el derecho internacional en vigor.

El Relator Especial recordó que los Estados miembros habían pedido a la Comisión que desarrollara en mayor medida el deber de cooperación. Visto desde una perspectiva más amplia de derecho internacional público, para ser efectivo desde un punto de vista jurídico y práctico, el deber de cooperar en la prestación de socorro en casos de desastre tenía que establecer un equilibrio entre

tres aspectos importantes. En primer lugar, dicho deber no podía interferir en la soberanía del Estado afectado. En segundo lugar, el deber tenía que imponerse a los Estados que prestan la asistencia como una obligación jurídica de conducta. En tercer lugar, el deber tenía que ser relevante y estar limitado a la asistencia de socorro en casos de desastre, incluyendo los diversos elementos específicos que normalmente integran la cooperación en este ámbito. Desde la diversidad de los documentos e instrumentos internacionales existentes, cabía deducir que el deber de cooperar abarcaba una gran diversidad de actividades técnicas y científicas, como se describía de manera amplia en el informe. Por ello, el Relator entendía que era apropiado incluir en el proyecto de artículos otro artículo que desarrollara el deber de cooperar dejando abierta la cuestión de su ubicación en última instancia, es decir, como una disposición aparte o como un párrafo adicional del artículo 5.

El capítulo V del quinto informe del Relator Especial estaba dedicado a las condiciones que un Estado puede establecer para la prestación de asistencia. La cuestión se examinó desde tres perspectivas concurrentes: el cumplimiento de la legislación nacional; las necesidades constatables y el control de la calidad; y las limitaciones de las condiciones con arreglo al derecho internacional y nacional. Se señaló que las principales conclusiones alcanzadas en relación con cada uno de esos aspectos estaban recogidas de manera implícita en varios proyectos de artículo ya aprobados por la Comisión.

En opinión del Relator Especial, se requería que los actores que prestasen asistencia lo hicieran en cumplimiento de la legislación nacional del Estado afectado. No obstante, el derecho a condicionar la prestación de asistencia al cumplimiento de la legislación nacional no era absoluto. El Estado afectado tenía el deber de facilitar la prestación de asistencia pronta y efectiva en cumplimiento de las obligaciones soberanas respecto de su población. Los Estados tenían la obligación de ayudar a asegurar el cumplimiento de la legislación nacional y la obligación de considerar si debe dejarse sin efecto la aplicabilidad de determinadas disposiciones de la legislación nacional en casos de desastre. Este último elemento estaba relacionado, entre otras cosas, con: la concesión de privilegios e inmunidades; los requisitos de visado y entrada, los requisitos y aranceles aduaneros; y la cuestión de la calidad y libertad de la circulación. Tras examinar la práctica existente, el Relator Especial entendió que, más que un requisito estricto y absoluto de establecer exenciones en caso de un desastre, el Estado afectado debía considerar si era razonable la exención teniendo en cuenta sus obligaciones de prestar asistencia pronta y efectiva y de proteger a la población. En su opinión, era suficiente con indicar que el Estado afectado puede imponer condiciones a la prestación de asistencia siempre que se ajusten al derecho nacional e internacional y propuso por tanto a ese efecto el proyecto de artículo.

El Relator Especial señaló que el deber de cooperar conllevaba también el deber del Estado afectado y de los actores que prestan asistencia de consultar entre ellos para determinar la duración del período de asistencia. Dichas consultas podían tener lugar antes de que se prestara la asistencia o durante el período de prestación de esta, a iniciativa de cualquiera de las partes. A ese fin propuso, por tanto el proyecto de artículo.

Resumen del debate

a) Observaciones generales

Al formular comentarios sobre el enfoque adoptado por la Comisión en los proyectos de artículo anteriormente aprobados, se dijo que era preferible no analizar la relación entre el Estado afectado y terceros Estados en términos de "derechos" y "deberes", sino más bien desde la perspectiva de la cooperación. Se señaló que, en la gran mayoría de los casos, no había mala fe por parte del Estado afectado y que en los pocos casos extremos en que los Estados denegaron arbitrariamente el consentimiento, era improbable que un enfoque de derecho-deber hubiera sido de utilidad para las personas afectadas por desastres.

Además, algunos miembros observaron que la existencia de "derechos" o "deberes" en esta área del derecho contaba con muy poca base en la práctica estatal. También se consideró dudoso que fuera adecuado referirse a tales conceptos como aplicables a actores no estatales. Asimismo, se dijo que la incapacidad para especificar consecuencias jurídicas por el incumplimiento de un deber, por ejemplo el de no denegar arbitrariamente el consentimiento, sugería que el concepto de deber que se estaba aplicando carecía de contenido.

Según otra opinión, la función del derecho, incluido el derecho internacional, era, entre otras cosas, regular las situaciones en que existían posibles contravenciones de normas y principios aceptados. Con arreglo a esta opinión, no se podía rebajar la importancia de las normas jurídicas al establecer la distinción entre acciones aceptables e inaceptables, en particular en el contexto de Estados que actúen con mala fe. Asimismo se dijo que la articulación de derechos y deberes mínimos no debía ser considerada a priori como una forma de inhibir el fomento de la cooperación voluntaria.

Se expresaron dudas respecto de la utilidad de aprobar los proyectos de artículo en forma de convención. Según otra opinión, por su propia naturaleza, el proyecto de artículos conllevaba la necesidad de legislación más específica para su aplicación en el derecho interno. Se sugirió que la Comisión tuviera este aspecto en cuenta al examinar la forma que adquiriría en última instancia el proyecto de artículos, que podía ser la de una convención marco o una serie de principios rectores.

Se propuso que la Comisión considerase la posibilidad de formular un instrumento modelo para las operaciones de socorro humanitario en casos de desastre basado en un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas, que podría figurar en un anexo del proyecto de artículos y que tendría fines prácticos. Si bien algunos oradores se mostraron partidarios de abordar algunos de los aspectos prácticos del tema, otros expresaron dudas sobre la viabilidad de la propuesta.

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

Este tema fue incorporado por la Comisión en el año 2007.

El Relator Especial designado presentó tres informes entre el año 2008 y 2011.

La Comisión, en su sesión de mayo de 2012, nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Roman Kolodkin, quien ya no era miembro de la Comisión y evaluó el informe preliminar de la Relatora Especial.

Presentación del informe preliminar de la Relatora Especial

En el informe preliminar se analizaba la labor realizada por la Comisión hasta el momento, presentando, entre otras cosas, un resumen de la labor realizada por el anterior Relator Especial, así como de los debates que tuvieron lugar sobre el tema en la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. También se abordaban las cuestiones sobre las que no hay consenso y que debían examinarse durante el quinquenio actual, centrándose sobre todo en la distinción y la relación entre inmunidad *ratione materiae* e inmunidad *ratione personae*, y la base para dicha inmunidad, la distinción y la relación entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo y sus consecuencias para la inmunidad, el alcance de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, incluidas las posibles excepciones, y las cuestiones procesales relacionadas con la inmunidad. El informe también sugería un plan de trabajo.

En su presentación del informe, la Relatora Especial destacó que se trataba de un informe de transición, que tenía en cuenta la labor realizada por el anterior Relator Especial. Al mismo tiempo se identificaban qué cuestiones debían examinarse durante el presente quinquenio, de manera que se pudiera celebrar un debate estructurado y dar una respuesta efectiva a las múltiples cuestiones suscitadas por el tema.

La Relatora Especial destacó varias cuestiones de fondo que era crucial abordar para desentrañar las cuestiones que el tema genera. La primera era la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. Aunque la distinción estaba bien fundada en la doctrina, era necesario tener en cuenta además las eventuales consecuencias que se derivarían de dicha distinción y sus efectos. En segundo lugar, era necesario precisar la dimensión funcional de la inmunidad a fin de que no se produjeran contradicciones innecesarias con otros principios y valores de la comunidad internacional.

En tercer lugar, sería necesario determinar cuáles eran los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y si resultaba oportuno elaborar una lista, abierta o cerrada. En cuarto lugar, convendría determinar qué se entendía por "acto oficial" a efectos de la inmunidad, teniendo en cuenta sus implicaciones con respecto a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito y la responsabilidad penal internacional del individuo. En quinto lugar, sería preciso analizar si había posibles excepciones a la inmunidad y las normas aplicables al respecto. En sexto lugar, era de vital importancia examinar la cuestión de los delitos internacionales teniendo en cuenta la cuestión general de los valores esenciales de la comunidad internacional, y por último sería oportuno examinar los aspectos procesales relativos al ejercicio de la inmunidad. La Relatora Especial recordó que el anterior Relator Especial se había ocupado en buena medida de estos aspectos. Con todo, al no haberse alcanzado un consenso sobre los

mismos, sería útil que la Comisión se replanteara las cuestiones controvertidas desde una nueva perspectiva. A tal efecto, la Relatora Especial anunció su voluntad de presentar desde su próximo informe proyectos de artículos.

Resumen del debate

a) Observaciones generales

Los miembros de la Comisión acogieron favorablemente el informe preliminar de la Relatora Especial y la prioridad dada a los aspectos metodológicos, teóricos y estructurales, a fin de fijar una hoja de ruta para la labor futura de la Comisión. Los miembros recordaron la complejidad del tema y las complicaciones políticas que creaba a los Estados. A este respecto, algunos miembros advirtieron que era importante que el enfoque metodológico y teórico que se adoptara fuera neutral y no prejuzgara los debates sobre cuestiones de fondo. Se señaló también que el cambio de Relator Especial no entrañaba necesariamente un cambio radical de enfoque.

Algunos otros miembros expresaron la esperanza de que los resultados de la labor de la Comisión contribuyeran de manera positiva a la lucha contra la impunidad y no fueran en detrimento de todo lo logrado hasta el momento en este campo.

Tendencias en derecho internacional

Algunos miembros señalaron que la Comisión debía ser cautelosa a la hora de mantener que había una "tendencia" a limitar las inmunidades ante las jurisdicciones nacionales y su alcance. Se recordó ciertamente que en la causa relativa a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: con intervención de Grecia), la Corte Internacional de Justicia había rechazado el argumento referente a la práctica de los tribunales italianos de que existía una tendencia en derecho internacional según la cual la inmunidad del Estado se estaba restringiendo cada vez más en la aplicación del principio de responsabilidad civil territorial por *acta jure imperii*, cuando en realidad existía la tendencia contraria de reafirmar la inmunidad ante las jurisdicciones penales nacionales. Además, se observó que la decisión Pinochet, emitida en 1999, no había tenido gran seguimiento.

Algunos otros miembros se refirieron al voto particular conjunto emitido por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa relativa a Orden de detención, en la que estos parecían indicar que, en el mejor de los casos, no existía norma alguna respecto de la inmunidad *ratione materiae* en lo que se refiere a los crímenes internacionales más graves y que podía haber una tendencia que indicaba la ausencia de inmunidad.

F. Aplicación provisional de los tratados

En el período de sesiones de 2011, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo, el tema "Aplicación provisional de los tratados".

Examen del tema en el actual período de sesiones.

En su sesión de mayo de 2012, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Aplicación provisional de los tratados" y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

En su sesión de julio de 2012, el Relator Especial presentó a la Comisión un informe oral sobre las consultas oficiosas sobre este tema. En la misma sesión, la Comisión tomó nota de ese informe.

También en esa sesión, la Comisión decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre los trabajos relativos a esta materia realizados anteriormente por la Comisión en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Informe del Relator Especial sobre las consultas oficiosas celebradas sobre el tema

En esta primera etapa, el Relator Especial había considerado apropiado solicitar la opinión de los miembros de la Comisión sobre, entre otras, las siguientes cuestiones específicas: 1) las medidas procedimentales que sería necesario examinar como condiciones previas de la aplicación provisional y su terminación; 2) la medida en que el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969, que establecía la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, guardaba relación con el régimen de la aplicación provisional a que se refería el artículo 25 de la Convención de Viena; 3) hasta qué punto la situación jurídica creada por la aplicación provisional de los tratados era pertinente en relación con la determinación de las normas de derecho internacional consuetudinario; y 4) la necesidad de obtener información sobre la práctica de los Estados.

G. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario Introducción

La Comisión decidió incluir el tema "La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario" en su programa de trabajo a largo plazo en el año 2011.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

En la sesión de mayo de 2012, la Comisión decidió incluir el tema "La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario" en su actual programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Michael Wood.

En la segunda parte del período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial, que fue examinada por la Comisión examinó la nota en sus sesiones de julio de 2012.

Fue entonces que 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 tema.

Resumen del debate

a) Observaciones generales

Varios miembros subrayaron la importancia del tema, así como su interés teórico y práctico, habida cuenta del importante papel que el derecho internacional consuetudinario seguía desempeñando en el sistema jurídico internacional, así como en el ordenamiento constitucional y el derecho interno de muchos Estados. Algunos miembros opinaron que la labor de la Comisión sobre este tema era útil para proporcionar orientación, no solo a los juristas internacionales, sino también a los juristas nacionales —incluidos jueces, abogados del Estado y abogados en ejercicio— que a menudo tenían que aplicar normas de derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, varios miembros pusieron de relieve la dificultad intrínseca de este tema, cuyo examen constituía un verdadero reto para la Comisión.

Según otra opinión, era dudoso que la labor de la Comisión sobre este tema, por cuanto pretendía adoptar un planteamiento holístico del derecho internacional consuetudinario, pudiera llevar a algún resultado útil; asimismo, tratar al mismo tiempo el concepto dinámico de la "formación", que se refería a un proceso, y el concepto estático de la "prueba", que presuponía la existencia de un cuerpo de normas, generaba cierta confusión.

La opinión general fue que la Comisión no debía ser excesivamente prescriptiva, a fin de no alterar la flexibilidad del proceso consuetudinario. Se observó también que, dada la complejidad y sensibilidad del tema, y teniendo en cuenta asimismo la naturaleza "espontánea" del proceso consuetudinario, la Comisión debería adoptar un planteamiento prudente respecto de este tema; así pues, en ningún momento debería la Comisión emprender una operación de codificación propiamente dicha. También se expresó la opinión de que el objetivo de la Comisión debería ser ayudar a aclarar las actuales normas sobre la formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario, y no promover nuevas normas.

El plan de trabajo provisional para el quinquenio propuesto en la nota obtuvo amplio apoyo, aunque algunos miembros opinaron que era muy ambicioso y que habría que abordarlo con la flexibilidad necesaria. Se señaló la importancia de que los Estados tuvieran la oportunidad de hacer observaciones sobre el resultado completo de los trabajos sobre este tema antes de su aprobación definitiva por la Comisión.

H. La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)

En sus sesiones de 2005, la Comisión decidió incluir el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Zdzislaw Galicki.

Examen del tema en el actual período de sesiones

En el actual período de sesiones la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare) bajo la Presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree. El Grupo de Trabajo debía evaluar los progresos realizados por la Comisión en la labor sobre el tema y examinar posibles opciones futuras que pudiera adoptar la Comisión.

En su sesión de de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo.

Relación con la jurisdicción universal

Sobre la relación entre el tema y la jurisdicción universal, varios miembros insistieron en que, en el examen del tema, habría que realizar sin más remedio un análisis de la jurisdicción universal, habida cuenta de la estrecha relación que existe entre ambas cuestiones, aun cuando la Comisión no se ocuparía de la jurisdicción universal como aspecto central del tema. Algunos miembros señalaron que la jurisdicción universal era en sí misma un tema que requería codificación y que, para que la labor de la Comisión tuviera sentido, el examen de la jurisdicción universal tendría que ser un elemento importante de esa labor o incluso ser el aspecto central que se examinara. Varios miembros mencionaron la labor en curso sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal que se está realizando en el contexto de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se consideró apropiado que la Comisión se desvinculase del tema de la jurisdicción universal en la medida en que la obligación de extraditar o juzgar no dependía de la jurisdicción universal. También se señaló que la Comisión podría proceder al análisis del papel de la jurisdicción universal frente a la obligación de extraditar o juzgar sin esperar a que la Sexta Comisión concluyera su labor sobre ese tema.

I. Los tratados en el tiempo

En el actual período de sesiones se volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, de nuevo bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte.

En la sesión de la Comisión de mayo de 2012, el Presidente del Grupo de Estudio presentó un primer informe oral a la Comisión sobre los aspectos de la labor realizada por el Grupo de Estudio. En su informe el Presidente indicó, entre otras cosas, que el Grupo de Estudio había recomendado a la Comisión que modificara la estructura de la labor que debía realizar sobre este tema y nombrara un Relator Especial.

En su sesión de mayo la Comisión decidió:

a) cambiar la estructura de su labor sobre este tema, tal como había propuesto el 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".

El Presidente del Grupo de Estudio presentó a la Comisión un segundo informe oral sobre la labor realizada por el Grupo de Estudio, del cual la Comisión tomó nota.

b) Examen del tercer informe del Presidente del Grupo de Estudio

El Grupo de Estudio examinó el tercer informe de su Presidente sobre "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales". Ese informe trata diversas cuestiones. Entre ellas figuran las formas, la documentación y la interpretación de acuerdos y

práctica posteriores, así como varios aspectos generales relativos, entre otras cosas, a los posibles efectos de los acuerdos y la práctica posteriores (por ejemplo, en cuanto a la especificación del significado de la disposición de un tratado o la confirmación del grado de discrecionalidad de que gozan las partes según la disposición de un tratado); la medida en que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 debe expresar la opinión jurídica de los Estados partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado; la práctica ulterior como posible indicación de un acuerdo sobre la interrupción temporal de la aplicación o sobre la prórroga del alcance del tratado o como expresión de un *modus vivendi*; la práctica bilateral y regional en el marco de tratados con un alcance geográfico más amplio; la relación entre la práctica y los acuerdos posteriores, por una parte, y las novedades técnicas y científicas, por otra; la relación entre la práctica ulterior de las partes en un tratado y la formación paralela de normas de derecho internacional consuetudinario; la posible función de los acuerdos y la práctica posteriores con respecto a la modificación de los tratados; así como el papel que pueden desempeñar de manera excepcional la práctica y los acuerdos posteriores en la terminación de un tratado.

Además, el tercer informe se ocupa de otros aspectos como la influencia de contextos de cooperación específicos sobre la interpretación de algunos tratados a la luz de la práctica ulterior, y el papel que pueden desempeñar las conferencias de los Estados partes y los órganos de supervisión de tratados con respecto a la aparición o consolidación de acuerdos o práctica posteriores. Al analizar estas diversas cuestiones, el tercer informe presenta ejemplos de acuerdos y práctica posteriores, examina esos ejemplos e intenta sacar algunas conclusiones preliminares.

El debate sobre el tercer informe en el Grupo de Estudio fue muy fructífero. Muchos miembros elogiaron al Presidente por el carácter exhaustivo de su informe y por las múltiples investigaciones llevadas a cabo para prepararlo. Una de las cuestiones generales abordadas por varios miembros durante el debate fue el grado de definición de las conclusiones preliminares que figuraban en el tercer informe. Si bien algunos miembros opinaron que muchas de estas conclusiones se formulaban en términos bastante generales, otros consideraron que algunas conclusiones eran demasiado específicas en vista de los ejemplos señalados en el informe. A este respecto, algunos miembros observaron que el problema principal de la labor futura de la Comisión sobre este tema era intentar preparar propuestas con un contenido normativo suficiente, manteniendo al mismo tiempo la flexibilidad inherente al concepto de práctica y acuerdos posteriores. En lo que respecta a la sección del informe que trata de las conferencias de las partes, se plantearon varias cuestiones, como por ejemplo en qué medida esos foros merecían un trato especial en el examen del presente tema; si había un único concepto de "conferencia de las partes" o si ese término abarcaba varios órganos diferentes que tenían en común el hecho de que no formaban parte de organizaciones internacionales; en qué medida el hecho de conferir o no a las conferencias de las partes capacidad de decisión o de revisión repercutiría en su posible contribución a la formación de acuerdos o práctica posteriores en relación

con un tratado; y la significación y pertinencia, en el presente contexto, del consenso y otros procedimientos de adopción de decisiones que pudieran seguir las conferencias de las partes.

En vista de la decisión de la Comisión de modificar la futura estructura de los trabajos, el Presidente no propuso al Grupo de Estudio, a diferencia de lo que había hecho con el segundo informe, volver a formular las conclusiones preliminares que figuraban en el tercer informe a la luz de las deliberaciones del Grupo de Estudio. Indicó que prefería tener en cuenta esas deliberaciones al preparar su primer informe como Relator Especial. En este primer informe se resumirían los tres informes que ya había presentado al Grupo de Estudio.

Conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio reformuladas a la luz de los debates celebrados en el Grupo

A continuación figuran las seis nuevas conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio, reformuladas a la luz de los debates celebrados en el Grupo:

1) La práctica ulterior en cuanto reflejo de una posición con respecto a la interpretación de un tratado.

Para servir como medio de interpretación, la práctica ulterior debe reflejar la posición de una o más partes con respecto a la interpretación de un tratado.

Los órganos decisorios examinados, sin embargo, no requieren necesariamente que la práctica ulterior refleje expresamente una posición acerca de la interpretación de un tratado, pero pueden considerar que esa posición esté implícita en la práctica.

2) Carácter específico de la práctica ulterior.

Según el régimen y la norma en cuestión, el carácter específico de la práctica ulterior es un factor que puede influir en la medida en que los órganos decisorios la tienen en cuenta. Así pues, la práctica ulterior no tiene por qué ser siempre específica.

3) Grado de participación activa en una práctica y silencio. Según el régimen y la norma en cuestión, puede variar el número de partes que deben contribuir de manera activa a la práctica ulterior pertinente. La mayoría de los órganos decisorios que se basan en la práctica ulterior han reconocido que el silencio de una o más partes puede, en determinadas circunstancias, contribuir a una práctica ulterior pertinente.

4) Efectos de una práctica ulterior contradictoria.

Una práctica ulterior contradictoria puede tener efectos diferentes según el régimen del tratado multilateral en cuestión. Mientras que el Órgano de Apelación de la OMC descarta toda práctica que está en contradicción con la práctica de otra parte en el tratado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la práctica no es uniforme, ha considerado a veces determinante la práctica de una "amplia mayoría" o un "cuasi consenso" de las partes en el Convenio Europeo.

5) Los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior y los procedimientos formales de modificación o interpretación. Se han dado casos en que los órganos decisorios han reconocido que la existencia de procedimientos formales de modificación o interpretación en el régimen de un tratado no impide la utilización de acuerdos ulteriores y práctica ulterior como medio de interpretación.

6) La práctica ulterior y la posible modificación de un tratado.

En lo que respecta a la utilización de la práctica ulterior para interpretar un tratado, el Órgano de Apelación de la OMC ha excluido la posibilidad de que la aplicación de un acuerdo ulterior pueda tener el efecto de modificar las obligaciones derivadas de un tratado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos parecen haber reconocido la posibilidad de que una práctica o acuerdo ulterior den lugar a la modificación de los respectivos tratados.

J. La cláusula de la nación más favorecida

En 2008 la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "La cláusula de la nación más favorecida" y establecer un Grupo de Estudio sobre la cuestión, el cual fue presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera.

El Grupo de Estudio se volvió a constituir en los períodos de sesiones en 2010 y 2011 bajo la misma presidencia conjunta.

Examen del tema en el actual período de sesiones

En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae.

En su sesión de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Estudio.

K. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En su sesión de mayo de 2012, la Comisión decidió nombrar Relatora Especial para el tema "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" a la Sra. Concepción Escobar Hernández, en sustitución del Sr. Roman A. Kolodkin.

B. Aplicación provisional de los tratados

En su sesión de mayo de 2012, la Comisión también decidió incluir el tema "Aplicación provisional de los tratados" en su programa de trabajo actual y decidió nombrar Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

C. La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario

En su sesión de mayo de 2012, la Comisión decidió además incluir el tema "La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario" en su programa de trabajo actual y decidió nombrar Relator Especial para el tema al Sr. Michael Wood.

D. Los tratados en el tiempo

En su sesión de mayo de 2012, la Comisión decidió: a) modificar, con efecto a partir de su 65º período de sesiones (2013), la estructura de su labor sobre este tema, tal como había propuesto el 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".

Programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio

Programa de trabajo (2013-2016)

a) Expulsión de extranjeros

2013 - Proyecto de artículos presentado a los Estados.

2014 - Inicio de la segunda lectura del proyecto de artículos en la Comisión.

2015 - Finalización y aprobación por la Comisión de los proyectos de artículos en segunda lectura.

2016...

b) Protección de las personas en casos de desastre

2013 - Sexto informe: la fase anterior al desastre.

2014 - Séptimo informe: protección del personal de socorro, empleo de términos, disposiciones varias, primera lectura, proyecto completo.

2015 - Primera lectura del proyecto, observaciones de los gobiernos.

2016 - Octavo y último informe: segunda lectura, aprobación del proyecto de artículos completo.

c) Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

2013 - Primer informe sustantivo a la Comisión con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción.

2014 - Segundo informe con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción.

2015 - Tercer informe con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción.

2016 - Cuarto informe con proyectos de artículos. Examen y aprobación de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción. Aprobación de los proyectos de artículos en primera lectura por la Comisión.

d) Aplicación provisional de los tratados

2013 - Primer informe.

2014 - Segundo informe con el proyecto de artículos/directrices/cláusulas tipo.

2015 - Tercer informe con el proyecto revisado de artículos/directrices/cláusulas tipo.

2016 - Cuarto informe.

e) La formación y la prueba del derecho internacional consuetudinario

2013 - Primer informe: cuestiones o documentos preliminares o de antecedentes.

2014 - Segundo informe: práctica de los Estados y opinio juris, con un proyecto de conclusiones o directrices.

2015 - Tercer informe: temas específicos, como el "objeto persistente", con un proyecto de conclusiones o directrices.

2016 - Cuarto informe: serie consolidada y revisada de conclusiones o directrices para su examen y aprobación.

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

2013 - Primer informe.

2014 - Segundo informe.

2015 - Tercer informe: aprobación provisional del proyecto de conclusiones.

2016 - Finalización del proyecto de conclusiones.

g) Cláusula de la nación más favorecida

2013 - Presentación de un proyecto de posible informe final con investigaciones suplementarias sobre temas específicos.

2014 - Revisión del proyecto de informe y aprobación con modificaciones o solicitud de nuevas modificaciones e investigaciones.

2015 - Aprobación del informe final.

2016 –

h) Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)

La Comisión determinará en su 65º período de sesiones si va a seguir adelante con el tema y, en tal caso, la forma en que lo hará.