

Departamento de Derecho Internacional

Sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU

Juan Alberto Rial

Como lo hacemos todos los años, le traemos los informes producidos durante el año 2010 y 2011 por la Comisión de Derecho Internacional, uno de los órganos subsidiarios de la Asamblea General que tiene como función primordial, propender al desarrollo y codificación del Derecho Internacional, y que fue creada a través de la Resolución de la AGNU 174 (II), en 1947.

El contenido del Informe es muy diverso, y de su diversidad deriva su riqueza. La explicación de ello radica en el abanico de los temas sobre las cuales la Comunidad Internacional quiere definir sus normas, sus horizontes legales. En el listado encontramos, como tópicos, reservas a los tratados, responsabilidad de las organizaciones internacionales; efectos de los conflictos armados en los tratados; expulsión de extranjeros; la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare); protección de las personas en casos de desastre; inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; los tratados en el tiempo; la cláusula de la nación más favorecida (como sabrán quienes han seguido los informes, muchos de estos temas se están estudiando hace muchos años, y se presentan proyectos, lecturas, relecturas, y sugerencias).

A su vez, este año se han incorporado nuevos temas, fruto de la "reconstitución" del Grupo de Planificación, el cual recomendó (con el visto bueno de la Comisión), la inclusión de los siguientes temas en el programa de trabajo a largo plazo: formación y documentación del derecho internacional consuetudinario; protección de la atmósfera; aplicación provisional de los tratados; la norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones; protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Recordemos que para la inclusión de nuevos temas, los criterios que deben ser seguidos por la Comisión son que "el tema debe reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; el tema debe

encontrarse en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación y el tema debe ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación.

Justamente, al hacer mención a los estándares que maneja la Comisión para incluir nuevos temas, se recuerda que en el quinquenio que termina en 2011, se incluyeron en la Comisión, como temas nuevos, varios de los que ya podemos considerar como "clásicos": (los tratados en el tiempo; la cláusula de la nación más favorecida), a la vez que hay temas de de quinquenios anteriores que siguen siendo estudiados en el programa de trabajo a largo plazo (inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales; protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información; jurisdicción extraterritorial; propiedad y protección de restos de naufragios que se encuentran fuera de los límites de la jurisdicción marítima nacional).

Con respecto a los temas que la Comisión trata en éste período, su forma de trabajo ha seguido los lineamientos tradicionales, destacando que su interés se ha centrado en las siguientes cuestiones de cada uno de los temas abordados:

a) Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: ¿Qué planteamiento desearían los Estados que adoptase la Comisión en relación con este tema? ¿Debería la Comisión tratar de presentar las normas de derecho internacional existentes (lex lata) o debería proceder a una labor de desarrollo progresivo (lex ferenda)?; ¿Qué titulares de altos cargos de los Estados (jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores u otros) gozan de *lex lata*, o deberían gozar de *lex ferenda*, de inmunidad *ratione personae*? ¿Qué delitos están o deberían estar excluidos de la inmunidad *ratione personae* o la inmunidad *ratione materiae*?

b) Expulsión de extranjeros: La Comisión expresó su deseo de que los Estados indicaran si en la práctica nacional tienen efecto suspensivo los recursos presentados contra una decisión de expulsión:

- de un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio;
- de un extranjero que se encuentre ilegalmente en el territorio;
- de cualquiera de ellos, independientemente de cuál sea su situación.

¿Consideran los Estados en que exista esa práctica que ésta debería exigirse en derecho internacional?

La Comisión manifestó también que agradecería recibir las opiniones de los Estados sobre si, se trate o no de una cuestión de derecho internacional, la presentación de un recurso contra una decisión de expulsión debería suspender la ejecución de la decisión.

c) Protección de las personas en casos de desastre: La Comisión reiteró su buena predisposición a recibir cualquier información relativa a la práctica de los Estados sobre el tema, incluidos ejemplos de legislación interna. En particular, manifiesta que le interesaría de sobremanera recibir información y observaciones sobre problemas jurídicos e institucionales específicos surgidos al hacer frente a desastres o responder a ellos. La Comisión ha entendido que los Estados tienen la obligación de cooperar con el Estado afectado en las actividades de socorro en casos de desastre. ¿Incluye este deber de cooperar el deber de los Estados de prestar asistencia cuando lo solicite el Estado afectado?

d) La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*): ¿Recogen la legislación de los Estados o la jurisprudencia de los tribunales nacionales delitos o categorías de delitos en relación con los que se haya hecho efectiva la obligación de extraditar o juzgar? De ser así, ¿se ha dado el caso de que un tribunal se haya acogido al derecho internacional consuetudinario para ese fin?

e) Los tratados en el tiempo: El objetivo de la Comisión al examinar el tema "Los tratados en el tiempo" es aclarar la importancia práctica y jurídica de los "acuerdos ulteriores" y la "práctica ulterior" de las partes como medio de interpretación y aplicación de los tratados (artículo 31, párrafo 3 a) y b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Al respecto, la Comisión recuerda a los Estados su petición, formulada en su informe de 20103, de que le faciliten uno o más ejemplos de "acuerdos ulteriores" o "práctica ulterior" que sean o hayan sido especialmente relevantes para la interpretación y aplicación de uno o varios de sus tratados. Interesarían a la Comisión, en particular, ejemplos de interpretación mediante acuerdos ulteriores o práctica ulterior que no hayan sido objeto de un procedimiento judicial o cuasijudicial.

f) La cláusula de la nación más favorecida: a fin de concluir sus trabajos sobre la cláusula de la nación más favorecida en relación con la esfera de las inversiones extranjeras, el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida se propone examinar si el recurso a cláusulas de la nación más favorecida en ámbitos que no sean el derecho mercantil y el derecho de las inversiones podrían servirle de orientación para su labor. Así pues, la Comisión hizo saber que agradecería que se le facilitaran ejemplos de prácticas o

jurisprudencia recientes en relación con cláusulas de la nación más favorecida en ámbitos que no sean el derecho mercantil y el derecho de las inversiones.

g) Nuevos temas: En este punto en concreto, recordemos la mención que hicimos “ut supra” sobre el hecho de que la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo cinco temas nuevos. En este aspecto, la Comisión invita a los Estados que deseen hacer propuestas sobre temas que podrían incluirse en el programa de trabajo a largo plazo, teniendo en cuenta que sería útil que acompañaran tales propuestas de una exposición de motivos que las fundamentara, teniendo en cuenta los criterios anteriormente mencionados para la selección de los temas.

Puntualmente, “escarbando” en lo profundo de algunos de los temas estudiados para saber el estado de la cuestión, en lo referente a las *reservas a los tratados*, la Comisión recuerda que en el año 2010 se aprobó provisionalmente en su totalidad los proyectos de directriz de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, dejando en claro su voluntad de aprobar de manera definitiva la Guía de la Práctica durante el 2011 para lo cual se tomaría en consideración las observaciones que los Estados y las organizaciones internacionales, así como los órganos con los cuales la Comisión mantiene relaciones de cooperación, han presentado desde el comienzo del examen del tema, además de las nuevas observaciones que la Secretaría de la Comisión recibiera antes del 31 de enero de 2011. En este período, la Comisión ya cuenta con el 17º Informe presentado por el Relator Especial, a la vez que se decidió llevar a cabo la creación de un Grupo de Trabajo. En definitiva, en agosto de 2011, la Comisión procedió a aprobar las directrices y comentarios que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, incluidos una introducción a la Guía de la Práctica y un anexo en el que se enuncian las conclusiones y una recomendación de la Comisión acerca del diálogo sobre las reservas, todo lo cual es presentado a la AGNU, donde se formulan recomendaciones concretas con respecto a lo que debería consistir en la práctica común en esta materia, por parte de los Estados.

Continúa en la agenda de trabajo de la Comisión la cuestión de la responsabilidad internacional de las Organización Internacionales. Recordemos que en el informe del año 2010, hacíamos mención al hecho de que esta temática lleva una discusión directa o indirecta de más de 50 años en el derecho internacional (no dejemos de lado, a modo de ejemplo, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia que, en el año 1949, resolvió en el asunto “Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas” -

11 de abril de 1949- que la ONU era un sujeto de derecho internacional distinto a los Estados. A partir de dicha opinión consultiva dejó de discutirse la subjetividad jurídica internacional de los organismos internacionales, lo cual no implica que sea un sujeto igual al Estado, o que todas las organizaciones tengan iguales competencias y atribuciones por ser sujetos. Es un principio elemental de derecho que es sujeto todo aquél capaz de tener derechos, y contraer obligaciones, y entre dichas obligaciones está, sin dudas, responder por los comportamientos que le son imputables).

Comentábamos entonces que "... también podríamos entender que la complejidad de la cuestión radica en que la misma temática pero contando al Estado como sujeto activo, aún trata de abrirse camino como proyecto de tratado a ser discutido, y no se quiere dejar punto alguno sin cubrir para no abrir flancos. Tan así es que los títulos abordados en esta sesión son el Hecho Internacionalmente Ilícito de una Organización Internacional, Principios Generales, atribución de un comportamiento a una Organización Internacional, violación de una obligación internacional, responsabilidad de una organización internacional en relación con el hecho de un estado o de otra organización internacional; circunstancias que excluyen la ilicitud..."

En relación a esta materia, este año se produce un sensible progreso, en virtud de que la Comisión, tras dejar sentado que en el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el octavo informe del Relator Especial así como los comentarios escritos recibidos de los gobiernos y de las organizaciones internacionales, y tras el examen del octavo informe del Relator Especial y del informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó los comentarios relativos a los proyectos de artículo mencionados anteriormente. Conforme con su Estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de artículos, junto con la recomendación de que se adopte una Convención en base a dicho articulado. Es por ello que, muy razonablemente, este tema ocupa gran parte de lo que es el Informe de la Comisión.

En relación a los *"Efectos de los conflictos armados en los tratados"*, podemos mencionar en torno a la dinámica del tratamiento que en el transcurso del año 2010, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial con sus propuestas para la nueva formulación del proyecto de artículos que se aprobó en primera lectura, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos: la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial y encomendó seguidamente al Comité de Redacción que comenzara la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la base de las propuestas

del Relator Especial relativas a los proyectos de artículo 1 a 17, teniendo en cuenta las observaciones de los gobiernos y el debate celebrado en sesión plenaria sobre el informe del Relator Especial.

En el año 2011, la Comisión procedió al examen del informe del Comité de Redacción y aprobó todo el proyecto de artículos, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, con la recomendación de que estudiara la posibilidad de preparar una convención sobre la base del proyecto de artículos. Nuevamente, un paso sensible en el camino de la concreción de un tratado que recepte las propuestas de la Comisión.

En materia de *"Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado"*, la Comisión trabajó en base al Segundo y la Tercer Informe del Relator Especial. Nos gustaría traer a colación algunas de las opiniones vertidas por el Relator Especial. En el segundo de los informes mencionados, se refiere que "...la norma era la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y cualquier excepción a ella había de ser demostrada. Señaló que los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones, ya que estos actos se consideran actos del Estado, y que incluían los actos ilícitos y los actos *ultra vires*. Señaló que estos actos se atribuían tanto al Estado como al funcionario y sugirió que los criterios de atribución de responsabilidad a un Estado por un acto ilícito determinaban también si el funcionario gozaba de inmunidad *ratione materiae*, así como del alcance de dicha inmunidad, al no existir razones objetivas para establecer una distinción al respecto...". A su vez, señala que "...En cuanto a la inmunidad *ratione personae*, de la que goza la denominada *troika*, a saber los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores correspondientes, y de la que pueden gozar algunos otros funcionarios de alto rango, el Relator Especial entendía que dicha inmunidad era absoluta y cubría tanto los actos realizados a título oficial como personal, durante el desempeño del cargo y con anterioridad a él..." y "...Con respecto a la cuestión de qué actos de un Estado que ejerza la jurisdicción penal violarían la inmunidad de un funcionario y qué medidas procesales penales serían permisibles... y señaló que las únicas medidas procesales penales que no podían adoptarse eran las de carácter restrictivo que impedían a un funcionario extranjero el desempeño de sus funciones al imponerle una obligación jurídica. En cuanto al alcance territorial de la inmunidad, el Relator Especial consideró que esta tiene efecto desde el momento en que se adopta la medida procesal

penal que impone una obligación al funcionario extranjero, independientemente de que este se encuentre o no en el extranjero...”

“... En relación con la cuestión de las posibles excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado, el Relator Especial señaló que, en el caso de la inmunidad *ratione personae*, la opinión predominante parecía ser que dicha inmunidad era absoluta y que no cabía considerar excepciones a ella. En su opinión la cuestión de las excepciones solo sería pertinente en relación con la inmunidad *ratione materiae* en el contexto de delitos tipificados en derecho internacional. No obstante, tras haber analizado los diversos argumentos presentados en la doctrina y en algunas decisiones judiciales para justificar esas excepciones (que estaban, en uno u otro modo relacionados entre sí, y que eran: a) los actos penales graves no pueden ser actos oficiales; b) la inmunidad es inaplicable dado que el acto se atribuye tanto al Estado como al funcionario; c) el *jus cogens* prevalece sobre la inmunidad; d) el surgimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíbe la inmunidad; e) la jurisdicción universal; y f) la obligación *aut dedere aut judicare*)...”, aunque el Relator no parece estar ciento por ciento convencido de ello.

Al informe presentado por el Relator, más allá de los elogios tradicionales, se le efectuaron diversas críticas, por la orientación general del tema y las ramificaciones políticas que del mismo podían surgir, todo lo cual motivó un largo debate que sería continuado a través de la creación de un *Grupo de Trabajo* (particularmente sensible se presentó el tema de las excepciones y alcance de la inmunidad).

Por otro lado, el tercer informe presentado por el Relator dejaba de lado los temas sustantivos de la inmunidad de jurisdicción, abocándose a la materia subjetiva de la misma. En cuanto al momento en el cual debe alegarse, concluye que las cuestiones de inmunidad son cuestiones previas que debían resolverse cuanto antes *in limine litis*; con respecto a quiénes pueden hacerlo, sostiene “... que solo la invocación de la inmunidad o una declaración de inmunidad por parte del Estado del funcionario, y no por el funcionario mismo, constituían una invocación o una declaración jurídicamente procedentes que podían producir consecuencias jurídicas”. Asimismo, se asevera que “...Para poder invocar la inmunidad, el Estado del funcionario debe tener conocimiento de que se han adoptado o se han previsto adoptar medidas procesales penales con respecto al funcionario a que se refiera la invocación. Por consiguiente, el Estado que prevea la adopción de tales medidas debe informar al Estado del funcionario sobre este punto”.

En relación a los "...posibles motivos de la invocación, el Estado del funcionario que invocaba la inmunidad no estaba obligado a aducir motivos de inmunidad distintos de la afirmación de que la persona en cuestión era un funcionario suyo que gozaba de inmunidad por haber actuado en el desempeño de sus funciones oficiales o que esa persona era un funcionario suyo que gozaba de inmunidad *ratione personae* puesto que ejercía un alto cargo que, además de la participación en las relaciones internacionales, requería el desempeño de funciones que eran importantes para salvaguardar la soberanía del Estado", pero "...el Estado (incluido el tribunal) que ejercía la jurisdicción aparentemente no estaba obligado a "aceptar ciegamente" cualquier alegación del Estado del funcionario concerniente a la inmunidad. No obstante, un Estado extranjero no podía desestimar tal alegación si de las circunstancias del caso no se desprendía claramente otra cosa..." a pesar de lo cual "...Era prerrogativa del Estado del funcionario, y no del Estado que ejercía la jurisdicción, calificar el acto de un funcionario como acto de carácter oficial o determinar la importancia de las funciones desempeñadas por un funcionario de alto rango a los efectos de salvaguardar la soberanía del Estado." Por otro lado, es muy interesante señalar que el Relator afirma que "...En lo concerniente a la renuncia a la inmunidad... el derecho a renunciar a la inmunidad de un funcionario correspondía al Estado y no al funcionario". En el tercer informe, la Comisión fue más contemplativa con los resultados del mismo, dado que manifiesta que el mismo es menos discutible que el segundo, aunque no por ello se dejaron de hacer observaciones, en el sentido de que al tratarse de cuestiones "procesales", la oportunidad para el mismo estaría dada por el acuerdo de la Comisión con las cuestiones "sustantivas", todas ellas incluidas en el segundo informe.

Con respecto al tema "Expulsión de extranjeros", señalábamos lo relevante de la cuestión en nuestro informe 2010, teniendo en consideración la línea de quiebre que se ha producido entre los países desarrollados y los países pobres, y a la luz de la "Primavera Árabe", algo similar se ha producido entre los países que tienen (aunque sea de manera relativa) paz social. En la primera acepción del problema, recordemos el endurecimiento en materia migratoria que se vive en Europa fruto de la crisis económica que se iniciara en setiembre de 2008, que tuvo como clímax (en lo relacionado a este temática), la "Directiva de Retorno (aprobada por el parlamento europeo el 18 de junio del 2008)"¹ que tuvo su

¹ Ver el documento en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200806/18/internacional/20080618elpepuint_1_Pes_PDF.doc y su cobertura periodística en

correlato en el de MERCOSUR que en su XXXV Cumbre, condenando dicha iniciativa², considerando que se trataba de una normativa discriminatoria y violatoria de los derechos humanos y, en particular, el derecho a la libre circulación.

Esta institucionalización, en clave económica, de las políticas antimigratorias, se suma a aquellas que en clave seguridad-económica-cultural viene sosteniendo hace mucho tiempo los Estados Unidos, que además de haber construido un muro de separación con su vecino del sur, México,³ el endurecimiento de los controles aeroportuarios y la sanción de leyes y prácticas policiales no sólo antimigratorias, sino xenófobas y racistas en varios de los estados del sur de los EE.UU. Curiosamente, gran parte de estas políticas retrógradas llevadas a cabo por el país que se considera el "faro de la democracia y de las libertades individuales" tiene el caldo de cultivo apropiado en los datos negativos o modestos en cuanto a la generación del trabajo⁴, la deficiente gestión de la crisis ante el débil liderazgo en la Casa Blanca, y todos los fantasmas exhibidos en el discurso del Tea Party. Este tema, sin dudas, tiene mucho peso en la relación entre el Norte y el Sur, y la tensión que su discusión (en las relaciones internacionales) genera, se traslada al momento de determinar el alcance de las normas jurídicas que, en este tópico, se puedan generar (de hecho, entre las observaciones formuladas por la Comisión, se hace mención al hecho de que varios miembros insistieron en que este era un tema complejo y delicado, y que la práctica de los Estados en la materia era muy diversa). En esta temática, la Comisión decidió, durante el 2010, examinar los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión revisados y reestructurados por el Relator Especial y el sexto informe del Relator Especial, a la vez que se adopta la determinación de remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 8 a 15 revisados sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en

http://www.elpais.com/articulo/internacional/Parlamento/Europeo/aprueba/enmiendas/directiva/retorno/papeles/elpepuesp/20080618elpepuint_10/Tes

² Ver

http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/CMC/CMC_2008_ACTA01/ANEXOS%20CMC/ANEXO%20XVI%20Declaracion%20de%20Migraciones%20Version%20Final.doc?strVdkVgwKey=\\Tierra\msweb\web\Documentos\Publicados\Declaraciones%20Conjuntas\003686854_CMC_DECLARA%20PRESIDEN_2005_ES_ComproMCS-EstatutodeRomaCPI.pdf

³ Ver <http://www.jornada.unam.mx/2008/08/04/index.php?section=politica&article=021n1pol>

⁴ Ver

http://www.elpais.com/articulo/economia/Bernanke/optimista/acerca/recuperacion/empleo/elpepieco/20110108elpepieco_4/Tes

vías de expulsión, los proyectos de artículo que figuraban en el sexto informe del Relator Especial. Durante el 2011, se estudió la adición hecha al sexto informe del Relator, a la vez que se decide remitir al Comité de Redacción la recopilación reestructurada de los proyectos de artículo que figuraba en el séptimo informe del Relator Especial. Muchas y muy diversas son las observaciones a los proyectos de artículos, e inclusive se llega a cuestionar la elección del tema por parte de la Comisión. El futuro, en este tema, es sombrío, y dado el estado actual de la discusión y la profundidad de las divergencias, parece poco probable que en el mediano plazo se arribe a un proyecto de convención que pueda ser bien recibido por los miembros de las Naciones Unidas.

En el acápite "Protección de las personas en casos de desastre", que a la luz de la gravedad de los recientes terremotos en Haití que tuvo lugar en enero de 2010, el de Chile en febrero del mismo año, y el terremoto y posterior tsunami que tuvo lugar en mayo de este año en Japón, y que tuvo en vilo a todo el mundo en virtud de la gravedad del desastre nuclear que se produjo en dicho marco en Fukushima, hace que esta cuestión nunca pierda actualidad, y que su debido tratamiento por la Comunidad Internacional se torne "acuciante". En esta materia, la Comisión aprobó el proyecto de los primeros artículos y consideró el tercer informe del Relator Especial durante sus sesiones en 2010. También hubo una aprobación provisional de los artículos 6 a 9 por parte del Comité de Redacción.

En el 2011, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial en el que figuran un panorama general de las opiniones de los Estados sobre la labor realizada por la Comisión hasta el momento y un examen de la responsabilidad del Estado afectado de buscar asistencia cuando su capacidad nacional de respuesta se vea superada, del deber del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento para la asistencia externa, así como del derecho de la comunidad internacional a ofrecer asistencia. Así, el Relator toma nota de las tensiones subyacentes al vínculo existente entre la protección y los principios de respeto de la soberanía territorial y de no injerencia en los asuntos internos de los Estados afectados que pudiera implicar el principio del consentimiento del Estado afectado. Es muy pertinente indicar que Los principios de soberanía y no injerencia, implícitos en el requisito del consentimiento, no se considerarían de manera aislada sino a la luz de las responsabilidades del Estado en el ejercicio de su soberanía. Así se habla de los "deberes del Estado afectado", que tiene que jugar armónicamente con el

derecho a ofrecer asistencia de terceros, incluidos Estados, organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, dado que había que reconocer el interés legítimo de la comunidad internacional de proteger a las personas en casos de desastre (sin embargo, muchos miembros de la Comisión dudan mucho que se pueda lograr dicha armonía, dado que dudan incluso de la existencia de un “derecho” a ofrecer asistencia. La transacción se encuentra en el punto de que la “oferta de asistencia” no está prohibida, y por lo tanto, deriva de la concepción de la soberanía, por lo cual cabría tildarla de “obligación positiva de la comunidad internacional”).

Con respecto a la *obligación de extraditar o juzgar*, señalábamos en el Anuario anterior que el tema aparentaba ser lejano, y había cobrado actualidad fruto del incidente protagonizado por Sergio Galvarino Apablaza Guerra, en un tema que dividió opiniones en Argentina y Chile. Este año también se dio un nuevo caso, con los mismos Estados protagonizándolo, pero con un tercero implicado distinto. Fue el caso del camarista Otilio Romano, encausado por 103 casos de violaciones de derechos humanos durante la última dictadura argentina y que pidió refugio político en Santiago, y ha conseguido una visa de 8 meses. Todo ello nos muestra, a las claras, lo relevante de contar con reglas claras que minimicen el riesgo de enturbiar las relaciones internacionales. Recordemos, a mayor abundamiento, que en el ámbito global, ya hay mucho camino andado en los que es el establecimiento de la jurisdicción complementaria y la obligación de cooperar que los países parte de la Corte Penal Internacional tienen para con la organización judicial.

En el tratamiento que del tema ha hecho la Comisión, se avanzó en el análisis del cuarto informe del Relator Especial. Así, el Relator llama la atención sobre la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad, señalando en general que la obligación de cooperar aparece un principio bien establecido del derecho internacional y podía encontrarse en numerosos instrumentos internacionales, y a los efectos de darle el lugar que le corresponde, el Relator sugiere convertirlo en una obligación de tipo convencional, incluyéndolo en el Proyecto. También El Relator Especial analizó también la obligación *aut dedere aut judicare* como norma del derecho internacional consuetudinario y observó que estaba ganando adeptos, al menos con respecto a determinados delitos, y sobre la posibilidad de que se generase, en ciertos casos, una obligación *jus cogens* al respecto, reflexiona que no había ninguna duda de que existían algunos delitos en el ámbito del derecho penal internacional cuya prohibición había alcanzado el rango de norma de *jus cogens* (como la prohibición de la tortura), había discrepancia en la doctrina sobre si la

obligación de extraditar o juzgar dimanante de tales normas imperativas también reunía los elementos característicos del jus cogens. Tras examinar diversos aspectos conexos, el Relator Especial propuso un proyecto de artículo 4 relativo a la costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*.

La Comisión, por su lado, elogió al Relator Especial por haber emprendido un análisis muy útil de las cuestiones que guardaban una relación sustancial con el tema. No obstante, los miembros de la Comisión reconocieron las dificultades que presentaba el tema, sobre todo porque tenía repercusiones en otros ámbitos del derecho, en particular cuestiones relacionados con la discrecionalidad del fiscal, aspectos relativos al asilo, el derecho de extradición, la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, las normas imperativas de derecho internacional, así como la jurisdicción universal, por lo que planteaba problemas en cuanto a la dirección que debía seguirse y los objetivos que debían alcanzarse. Así pues, la metodología y el enfoque general que debían adoptarse eran cruciales para desarrollar las cuestiones pertinentes al tema.

En cuanto a la labor futura sobre el presente tema, se dijo que había una dificultad inherente al tema. Incluso se sugirió que la Comisión debería considerar sin vacilación alguna la posibilidad de suspender o poner fin al examen de este tema, como había hecho anteriormente con otros. No obstante, otros miembros señalaron que el examen del tema seguía siendo un proyecto viable y útil que la Comisión debería proseguir. Además, los Estados estaban interesados en el tema y deseosos de avanzar en él.

Con respecto a una temática más clásica del Derecho Internacional como es la de *"los tratados en el tiempo"*, en el 62º período de sesiones (2010) volvió a constituirse el Grupo de Estudio, presidido por el Sr. Georg Nolte, y emprendió los trabajos sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos y las prácticas ulteriores, tomando como base un informe introductorio elaborado por su Presidente acerca de la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales arbitrales de jurisdicción especial. En el año 2011, se volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte.

El Grupo de Estudio examinó el segundo informe a partir de las 20 "Conclusiones generales" en él contenidas. Los debates giraron en torno a los siguientes aspectos: el recurso de los órganos decisorios de los regímenes especiales a la norma general de interpretación de los tratados; la medida en la que el carácter especial de determinados tratados, en particular los tratados de derechos humanos y los tratados en el ámbito del

derecho penal internacional, pueden afectar al planteamiento de los órganos decisorios pertinentes respecto de la interpretación de los tratados; la diferencia en el énfasis que hacen los órganos decisorios en los distintos medios de interpretación de los tratados, entre otros. El Grupo de Estudio convino en que las conclusiones preliminares de su Presidente tendrían que volver a ser examinadas y ampliadas tras considerar y debatir más informes sobre otros aspectos del tema. En cuanto a la futura labor de la Comisión, se espera que, en el 64º período de sesiones (2012), concluya el debate del segundo informe preparado por el Presidente para, a continuación, pasar a la tercera fase, el análisis de la práctica de los Estados que no está relacionada con procedimientos judiciales y cuasijudiciales. Esto debería hacerse sobre la base de otro informe sobre esta cuestión. El Grupo de Estudio manifestó su esperanza de que la labor sobre el tema concluyera, como estaba previsto en un principio, en el próximo quinquenio y que de ella se extrajeran conclusiones basadas en un repertorio de la práctica.

En lo atinente a la cláusula de la nación más favorecida, es útil recordar la utilidad que la misma ha prestado desde el fracaso de la creación de la Organización Internacional de Comercio, tras la Conferencia de Naciones Unidas de Comercio y Empleo, que tuvo lugar en La Habana, en 1948, y que dio origen a lo que se había previsto como mecanismo auxiliar, el GATT (Acuerdo General de Tarifas y Aranceles al Comercio), que podía definirse como la "institucionalización de la cláusula de la Nación más favorecida". La última ronda del GATT originó, a partir del 1 de enero de 1995, la Organización Mundial de Comercio (OMC), continuadora de la labor del GATT.

Este tema, dentro de la Comisión, llevó a que este año la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida, copresidido por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera.

En 2010 el Grupo de Estudio decidió, en un esfuerzo por adelantar su labor, tratar de determinar en mayor medida el contenido normativo de las cláusulas NMF en el ámbito de las inversiones y de realizar un ulterior análisis de la jurisprudencia que incluyera la función de los árbitros, los factores que explican planteamientos diferentes a la hora de interpretar disposiciones NMF, las divergencias y las medidas adoptadas por los Estados en respuesta a la jurisprudencia. En las sesiones del 2011, el Grupo de Estudio tuvo ante sí un documento informal, en forma de cuadro, en el que figuraban decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, acompañados del tipo de disposición NMF que se estaba interpretando.

También tuvo ante sí un documento de trabajo sobre la "interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones". En el mismo se examinaron los diversos usos para los que se habían alegado cláusulas NMF en controversias sobre inversiones, centrándose principalmente en el uso de cláusulas NMF para obtener un beneficio sustantivo previsto en el tratado bilateral sobre inversiones entre el Estado demandado y un tercer Estado; y el uso de cláusulas NMF para obtener disposiciones de arreglo de controversias más favorables que las recogidas en el acuerdo bilateral sobre inversiones en relación con el cual se planteaba la reclamación, las consideraciones que se habían tenido en cuenta en las decisiones de tribunales sobre inversiones, deteniéndose en el origen del derecho al trato de NMF, así como en su alcance.

Las conclusiones a las cuales se arriba del análisis de los mismos es que, de un examen de las decisiones de los tribunales sobre inversiones ponía de manifiesto que no había coherencia en el planteamiento seguido en el razonamiento de los tribunales que permitieron el uso de la cláusula NMF para incorporar disposiciones de arreglo de controversias. También había poca coherencia en el razonamiento de los tribunales que habían rechazado el uso de la cláusula NMF para incorporar esas disposiciones.

En relación al futuro de la labor del Grupo de Estudio, se afirmó una vez más la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios y los acuerdos de inversión así como la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo, y las normas nacionales relativas al trato. Además debían examinarse otros ámbitos del derecho internacional para ver si alguna de las aplicaciones de la cláusula NMF en esos ámbitos pudiera ser de utilidad para la labor del Grupo de Estudio. El grupo de estudio entiende que, su labor, puede finalizarse en dos sesiones más de la Comisión.

Recordemos, antes de finalizar este informe, que en el ámbito de la Comisión, en su primera sesión de 2011, el Grupo de Planificación decidió volver a constituir el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. El Grupo recomendó, con el visto bueno de la Comisión, la inclusión de los siguientes temas en el programa de trabajo a largo plazo:

- a) formación y documentación del derecho internacional consuetudinario;
- b) protección de la atmósfera;
- c) aplicación provisional de los tratados;
- d) la norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de

inversiones;

e) protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Sobre el final del Informe, la Comisión detalla su forma de trabajo, enumerando y explicando el rol que cumple cada una de las herramientas de trabajo previstas.

Como cierre del Informe, la Comisión establece que su 64º período de sesiones se celebre en Ginebra, del 7 de mayo al 1º de junio y del 2 de julio al 3 de agosto de 2012.

Resulta interesante llamar la atención sobre los temas que se proponen que ser estudiados por la Comisión, en los distintos anexos que acompañan el Informe de la misma. Sin ánimo de abundar en los detalles de los mismos, podemos resumir que en el Anexo A se hace la propuesta para que se aborde el tema de la "formación y documentación del derecho internacional consuetudinario", dado que se propone la inclusión de dicho tema en el programa de largo plazo (establece tres ejes elementales para el seguimiento del mismo I) Cuestiones de fondo y materiales básicos; II) La práctica de los Estados y la opinio juris y III) Temas particulares).

Asimismo, se acompaña un Anexo B relativo a la "*Protección de la atmósfera*", que justifica su inclusión como posible proyecto propuesto para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional por tres razones: la primera y principal es que es necesario para colmar las lagunas de las convenciones existentes relativas a la atmósfera. En segundo lugar, se prevé que la Comisión proporcione directivas adecuadas para la armonización y la coordinación con otros regímenes convencionales ajenos al derecho internacional del medio ambiente, que pueden crear conflictos con la convención propuesta durante las fases de cumplimiento y aplicación¹³. En tercer lugar, también es importante que el proyecto de artículos propuesto contribuya a establecer un marco para armonizar las leyes y reglamentos nacionales con las reglas, normas y prácticas y procedimientos internacionales recomendados relativos a la protección de la atmósfera. En cuarto lugar, es de esperar que el proyecto propuesto establezca directrices sobre los mecanismos y procedimientos para la cooperación entre los Estados, a fin de facilitar la creación de capacidad en materia de protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. En el Anexo C se propone el tema "*Aplicación provisional de los tratados*", con un análisis pormenorizado del alcance total del art. 25 del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados de 1969.

En el Anexo D se trae a colación la temática de "*La norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones*". La cuestión central que habrá que

examinar será el significado del concepto del trato justo y equitativo tal como se emplea en los instrumentos internacionales sobre inversiones. Para responder a esta cuestión, se propone tener en cuenta los aspectos siguientes: a) Forma; b) Relación con las normas contingentes; c) Relación con la norma de la "plena protección y seguridad"; d) ¿Es el trato justo y equitativo sinónimo de la norma internacional mínima?; e) ¿Es la norma del trato justo y equitativo una norma independiente?; f) ¿Constituye ya la norma del trato justo y equitativo una norma del derecho internacional consuetudinario?; g) ¿Es la norma del trato justo y equitativo un principio de derecho internacional?

Otro grupo de cuestiones que habrá que analizar es el referente al contenido y al alcance de la norma del trato justo y equitativo. En algunos aspectos, esas cuestiones coinciden con las relativas al significado de la norma. Las cuestiones que cabría examinar en este sentido son las siguientes: a) ¿Cuáles son los elementos del trato justo y equitativo en la práctica?; b) ¿De qué maneras ha afectado la norma del trato justo y equitativo a otras disposiciones de los tratados bilaterales sobre inversiones?

El último de los anexos, el E, agrega a la discusión el tema de la *"Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados"*, en el cual se sostiene que desde hace casi dos decenios, varios órganos jurídicos y semijurídicos han abordado la cuestión de la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, lo cual indica claramente tanto la existencia de un problema jurídico como la necesidad de abordar la cuestión. Por tanto, se propone que la CDI examine el tema en el marco de su programa de trabajo a largo plazo. El objetivo ha de ser el siguiente:

- Determinar el alcance del problema jurídico;
- Identificar las novedades en la jurisprudencia o el derecho consuetudinario;
- Aclarar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho ambiental internacional y las normas de derechos humanos, así como la relación entre ellos;
- Seguir desarrollando las conclusiones de los trabajos de la CDI sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, especialmente en cuanto a la continuación de la aplicación de los tratados de protección del medio ambiente y los derechos humanos;
- Aclarar la relación existente entre el derecho de los tratados vigente y la evolución jurídica reciente (incluido el razonamiento jurídico);
- Sugerir lo que debe hacerse para lograr un sistema uniforme y coherente (a fin de evitar el riesgo de fragmentación);

- Considerar la formulación de normas aplicables y formular principios de derecho internacional general pertinentes para el tema.

Todo lo desarrollado, extraído del Informe Anual de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (que se acompaña en esta sección), y contextualizado a los efectos de percibir que no se trata de discusiones de gabinete, de cuestiones teóricas, o de simple entelequia, nos demuestra aquello que hace año sostenemos, desde el Aula y desde estas páginas. El Derecho Internacional está vivo y en pleno desarrollo. Esperemos que las páginas por escribirse sean las mejores.