A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (Part 2)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2014

Volumen II
Segunda parte

Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su sexagésimo sexto período de sesiones

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (Part 2)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2014

Volumen II
Segunda parte

Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su sexagésimo sexto período de sesiones

Naciones Unidas
Nueva York y Ginebra, 2019

ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario*…, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario… 2013*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

A/CN.4/SER.A/2014/Add.l (Part 2)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.19.V.1

ISBN 978-92-1-130354-4
e-ISBN 978-92-1-047427-6

ISSN 0497-9885
e-ISSN 2411-9857

ÍNDICE

Página

***Documento A/69/10.* —Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014) 1**

Lista de documentos del 66.º período de sesiones 193

DOCUMENTO A/69/10*

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014)

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Abreviaturas y siglas			6
Nota referida a las citas			6
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen			7
Capítulo			
I.	Organización del período de sesiones	1-11	17
	A. Composición	2	17
	B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada	3-5	17
	C. Comité de Redacción	6-7	17
	D. Grupos de trabajo y grupos de estudio	8-9	18
	E. Secretaría	10	18
	F. Programa	11	18
II.	Resumen de la labor de la Comisión en su 66.º período de sesiones	12-25	19
III.	Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	26-34	21
	A. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	26	21
	B. Protección de la atmósfera	27	21
	C. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	28	21
	D. Identificación del derecho internacional consuetudinario	29-30	21
	E. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	31-32	21
	F. Aplicación provisional de los tratados	33	21
	G. Crímenes de lesa humanidad	34	22
IV.	Expulsión de extranjeros	35-45	23
	A. Introducción	35-37	23
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	38-41	23
	C. Recomendación de la Comisión	42	23
	D. Reconocimiento al Relator Especial	43	24
	E. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros	44-45	24
	1. Texto del proyecto de artículos	44	24
	2. Texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes	45	26
	Comentario general		26
	Primera parte. Disposiciones generales		27
	Artículo 1. Ámbito de aplicación		27
	Comentario		27
	Artículo 2. Términos empleados		28
	Comentario		28
	Artículo 3. Derecho de expulsión		29
	Comentario		29
	Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley		30
	Comentario		30

* Distribuido inicialmente como *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 10*.

		Párrafos	*Página*
Artículo 5.	Motivos de expulsión		32
	Comentario		32
Segunda parte.	Casos de expulsiones prohibidas		33
Artículo 6.	Normas relativas a la expulsión de refugiados		33
	Comentario		33
Artículo 7.	Normas relativas a la expulsión de apátridas		34
	Comentario		34
Artículo 8.	Privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión		35
	Comentario		35
Artículo 9.	Prohibición de la expulsión colectiva		35
	Comentario		36
Artículo 10.	Prohibición de la expulsión encubierta		37
	Comentario		37
Artículo 11.	Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes		39
	Comentario		39
Artículo 12.	Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso		39
	Comentario		39
Tercera parte.	Protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión		39
Capítulo I.	Disposiciones generales		39
Artículo 13.	Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión		39
	Comentario		40
Artículo 14.	Prohibición de la discriminación		40
	Comentario		40
Artículo 15.	Personas vulnerables		41
	Comentario		41
Capítulo II.	Protección requerida en el Estado expulsor		42
Artículo 16.	Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión		42
	Comentario		42
Artículo 17.	Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes		42
	Comentario		42
Artículo 18.	Obligación de respetar el derecho a la vida familiar		42
	Comentario		42
Artículo 19.	Detención del extranjero a efectos de su expulsión		44
	Comentario		44
Artículo 20.	Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión		46
	Comentario		46
Capítulo III.	Protección en relación con el Estado de destino		48
Artículo 21.	Salida hacia el Estado de destino		48
	Comentario		48
Artículo 22.	Estado de destino del extranjero objeto de expulsión		49
	Comentario		49
Artículo 23.	Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada		50
	Comentario		50
Artículo 24.	Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes		51
	Comentario		51
Capítulo IV.	Protección en el Estado de tránsito		54
Artículo 25.	Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión		54
	Comentario		54
Cuarta parte.	Reglas específicas de procedimiento		54
Artículo 26.	Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión		54
	Comentario		54
Artículo 27.	Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión		59
	Comentario		59
Artículo 28.	Procedimientos internacionales de recurso individual		60
	Comentario		60

Capítulo			*Párrafos*	*Página*
	QUINTA PARTE.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN		60
	Artículo 29.	Readmisión en el Estado expulsor		60
		Comentario		60
	Artículo 30.	Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita		61
		Comentario		61
	Artículo 31.	Protección diplomática		64
		Comentario		64
V.	PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE		45-56	65
A.	Introducción		46-47	65
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones		48-54	65
C.	Texto del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre aprobado por la Comisión en primera lectura		55-56	66
1.	Texto del proyecto de artículos		55	66
2.	Texto del proyecto de artículos con los comentarios		56	67
	Artículo 1 [1].	Ámbito de aplicación		68
		Comentario		68
	Artículo 2 [2].	Objeto		68
		Comentario		68
	Artículo 3 [3].	Definición de desastre		69
		Comentario		70
	Artículo 4.	Términos empleados		71
		Comentario		71
	Artículo 5 [7].	Dignidad humana		74
		Comentario		74
	Artículo 6 [8].	Derechos humanos		76
		Comentario		76
	Artículo 7 [6].	Principios humanitarios		76
		Comentario		76
	Artículo 8 [5].	Deber de cooperar		78
		Comentario		78
	Artículo 9 [5 *bis*].	Formas de cooperación		79
		Comentario		79
	Artículo 10 [5 *ter*].	Cooperación para reducir el riesgo de desastres		81
		Comentario		81
	Artículo 11 [16].	Deber de reducir el riesgo de desastres		81
		Comentario		81
	Artículo 12 [9].	Papel del Estado afectado		85
		Comentario		85
	Artículo 13 [10].	Deber del Estado afectado de buscar asistencia externa		87
		Comentario		87
	Artículo 14 [11].	Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa		89
		Comentario		89
	Artículo 15 [13].	Condiciones de prestación de la asistencia externa		91
		Comentario		91
	Artículo 16 [12].	Ofrecimientos de asistencia externa		93
		Comentario		93
	Artículo 17 [14].	Facilitación de la asistencia externa		94
		Comentario		94
	Artículo 18.	Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro		95
		Comentario		95
	Artículo 19 [15].	Terminación de la asistencia externa		97
		Comentario		97
	Artículo 20.	Relación con normas especiales u otras normas del derecho internacional		97
		Comentario		97
	Artículo 21 [4].	Relación con el derecho internacional humanitario		98
		Comentario		98

Capítulo			*Párrafos*	*Página*
VI.	La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)		57-65	99
	A. Introducción		57-60	99
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones		61-64	99
	C. Informe final sobre el tema		65	100
	1. Obligación de luchar contra la impunidad de conformidad con el estado de derecho			100
	2. La importancia de la obligación de extraditar o juzgar en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional			100
	3. Resumen de los trabajos			101
	a) Tipología de las disposiciones de los instrumentos multilaterales			101
	b) Aplicación de la obligación de extraditar o juzgar			105
	c) Lagunas en el régimen convencional vigente y la «tercera alternativa»			108
	d) Prioridad entre la obligación de juzgar y la obligación de extraditar y el alcance de la obligación de juzgar			109
	e) La relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las obligaciones *erga omnes* o las normas de *jus cogens*			111
	f) El estatus de derecho internacional consuetudinario de la obligación de extraditar o juzgar			112
	g) Otros asuntos que siguen siendo pertinentes en el marco general de 2009			113
VII.	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados			115
	A. Introducción			115
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones			115
	C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones			116
	1. Texto de los proyectos de conclusión			116
	2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones			117
	Conclusión 6.	Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior		117
		Comentario		117
	Conclusión 7.	Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación		122
		Comentario		122
	Conclusión 8.	Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación		130
		Comentario		130
	Conclusión 9.	Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado		133
		Comentario		133
	Conclusión 10.	Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes		138
		Comentario		138
VIII.	Protección de la atmósfera		77-122	146
	A. Introducción		77-78	146
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones		79-122	146
	1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe		80-84	146
	2. Resumen del debate		85-115	147
	a) Observaciones generales		85-93	147
	b) Observaciones sobre el proyecto de directriz 1 (Términos empleados)		94-99	148
	c) Observaciones sobre el proyecto de directriz 2 (Ámbito de aplicación de las directrices)		100-103	149
	d) Observaciones sobre el proyecto de directriz 3 (Condición jurídica de la atmósfera)		104-111	150
	e) Otras consideraciones		112-115	151
	3. Conclusiones finales del Relator Especial		116-122	152
IX.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado		123-132	154
	A. Introducción		123-125	154
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones		126-130	154
	C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados hasta el momento por la Comisión		131-132	155
	1. Texto de los proyectos de artículo		131	155
	2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones		132	155
	Artículo 2.	Definiciones		155
		Comentario		155
	Artículo 5.	Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae		158
		Comentario		158
X.	Identificación del derecho internacional consuetudinario		133-185	160
	A. Introducción		133-134	160
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones		135-185	160

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe	137-148	160
	2. Resumen del debate	149-171	162
	a) Observaciones generales	149-153	162
	b) Términos empleados	154-155	163
	c) Enfoque básico	156-158	163
	d) «Una práctica general»	159-168	164
	e) «Aceptada como derecho» («*opinio juris*»)	169-171	165
	3. Conclusiones del Relator Especial	172-185	165
XI.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	186-222	167
	A. Introducción	186	167
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	187-222	167
	1. Presentación del informe preliminar por la Relatora Especial	188-191	167
	2. Resumen del debate	192-213	167
	a) Observaciones generales	192	167
	b) Alcance y metodología	193-199	168
	c) Términos empleados	200-203	168
	d) Fuentes y otros materiales de consulta	204-205	169
	e) Principios y obligaciones ambientales	206-209	169
	f) Derechos humanos y derechos de los indígenas	210-211	170
	g) Programa de trabajo futuro	212-213	170
	3. Observaciones finales de la Relatora Especial	214-222	170
XII.	Aplicación provisional de los tratados	223-248	172
	A. Introducción	223-224	172
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	225-248	172
	1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe	228-235	172
	2. Resumen del debate	236-243	173
	3. Observaciones finales del Relator Especial	244-248	174
XIII.	La cláusula de la nación más favorecida	249-262	176
	A. Introducción	249-250	176
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	251-262	176
	1. Proyecto de informe final	254-258	176
	2. Deliberaciones del Grupo de Estudio	259-262	177
XIV.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	263-312	178
	A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación	263-290	178
	1. Inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo de la Comisión	266	178
	2. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo	267-272	178
	3. Examen de la resolución 68/116 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional	273-280	179
	4. Honorarios	281	179
	5. Documentación y publicaciones	282-285	179
	6. Fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*	286	180
	7. Asistencia de la División de Codificación	287	180
	8. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*	288	180
	9. Sitios web	289	180
	10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas	290	180
	B. Fecha y lugar del 67.º período de sesiones de la Comisión	291-292	181
	C. Cooperación con otros organismos	293-297	181
	D. Representación en el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General	298-299	181
	E. Seminario de Derecho Internacional	300-311	181
	F. Conmemoración del 50.º aniversario del Seminario de Derecho Internacional	312	183
Anexo			
Jus cogens			184

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AALCO	Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana
ACNUR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
CAHDI	Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (Consejo de Europa)
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
FICR	Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCAH	Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OMS	Organización Mundial de la Salud
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNISDR	Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres

*

* *

AJIL	*American Journal of International Law*
ECHR-/CEDH-	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions*. Todas las sentencias y una amplia selección de decisiones del Tribunal, incluidas las que no están publicadas en la serie, se pueden consultar en la base de datos sobre la jurisprudencia del Tribunal (HUDOC), disponible en el sitio web del Tribunal (www.echr.coe.int)
I.C.J. Reports/ C.I.J. Recueil	Corte Internacional de Justicia, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders/Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. Todas las sentencias, opiniones consultivas y providencias de la Corte están disponibles en el sitio web de la Corte (www.icj-cij.org)
ICTY JR/TPIY RJ	Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports/Recueils judiciaires*
ILM	*International Legal Materials*
ILR	*International Law Reports*
P.C.I.J., Series A/C.P.J.I. série A	Corte Permanente de Justicia Internacional, *Collection of Judgments/Recueil des arrêts* (n.os 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
P.C.I.J., Series A/B/C.P.J.I. série A/B	Corte Permanente de Justicia Internacional, *Judgments, Orders and Advisory Opinions/Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n.os 40 a 80, a partir de 1931)

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es la siguiente: **http://legal.un.org/ilc/**.

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	Fuente
Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas y consulares	
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, n.º 7310, pág. 95.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 261.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 231.
Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.
Derechos humanos	
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, n.º 1021, pág. 277.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado,* n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Protocolo n.º 1) (París, 20 de marzo de 1952)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, pág. 221. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 11, 12 de enero de 1991.
Protocolo n.º 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Reconociendo Ciertos Derechos y Libertades Además de los que ya Figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1496, pág. 263. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 247, 13 de octubre de 2009.
Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1525, pág. 195. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 249, 15 de octubre de 2009.
Protocolo n.º 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 2000)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2465, pág. 203. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 64, 14 de marzo de 2008.
Protocolo n.º 13 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte en Todas las Circunstancias (Vilna, 3 de mayo de 2002)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2246, pág. 110. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 77, 30 de marzo de 2010.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965). Abierta a la firma en Nueva York el 7 de marzo de 1966.	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407.
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (Nueva York, 15 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 1642, pág. 414.
Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 123.
Convenio Europeo sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)	Ibíd., vol. 1496, n.º 25700, pág. 3.

	Fuente
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 13.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 85.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985)	OEA, *Serie sobre Tratados*, n.º 67.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2171, pág. 227.
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Addis Abeba, 11 de julio de 1990)	OUA, documento CAB/LEG/24.9/49 (1990); *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, vol. II, *Regional Instruments* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.97.XIV.1), secc. C, n.º 39.
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, n.º 39481, pág. 3.
Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994)	OEA, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/55.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2515, n.º 44910, pág. 3.
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)	Ibíd., vol. 2716, n.º 48088, pág. 3.
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007)	*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º C 83, de 30 de marzo de 2010, pág. 389.
Nacionalidad y apatridia	
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, n.º 2545, pág. 137. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 252, de 21 de octubre de 1978.
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 117.
Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, n.º 14691, pág. 45.
Estupefacientes y sustancias sicotrópicas	
Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (Ginebra, 26 de junio de 1936)	Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXCVIII, n.º 4648, pág. 299. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 233, de 29 de septiembre de 1970.
Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 520, n.º 7515, pág. 151.
Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1019, n.º 14956, pág. 175.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Ibíd., vol. 1582, n.º 27627, pág. 95.

	Fuente
Trata de seres humanos	
Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (abierta a la firma en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950).	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 96, n.º 1342, pág. 271.
Salud	
Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Ginebra, de 21 de mayo de 2003)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2302, n.º 41032, pág. 166.
Comercio internacional y desarrollo	
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, n.º 814, pág. 187.
Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (revisado) (Kyoto, 18 de mayo de 1973; Protocolo de Enmienda, Bruselas, 26 de junio de 1999)	Ibíd., vol. 950, n.º 13561, pág. 269, y vol. 2370, pág. 27.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (México D.F., Ottawa y Washington D.C., 17 de diciembre de 1992)	*Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Texto oficial*, 2.ª ed., México, M. A. Porrúa, 1998; disponible en el sitio web del secretariado del TLCAN: www.nafta-sec-alena.org.
Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1867 a 1869, n.º 31874.
Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) (anexo 2)	
Aviación civil	
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, n.º 102, pág. 295. Véanse también OACI, Doc 7300/9 (2006) y Anexo 9, Facilitación, 13.ª ed. (julio de 2011), disponibles en el sitio web de la OACI: www.icao.int.
Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, n.º 12325, pág. 105.
Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Beijing, 10 de septiembre de 2010)	OACI, *Acta Final de la Conferencia internacional de derecho aeronáutico (Conferencia diplomática sobre seguridad de la aviación) celebrada bajo el patrocinio de la Organización de Aviación Civil Internacional en Beijing del 30 de agosto al 10 de septiembre de 2010*, Beijing, 2010.
Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 974, n.º 14118, pág. 177.
Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 24 de febrero de 1988)	Ibíd., vol. 1589, pág. 474.
Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional (Beijing, 10 de septiembre de 2010)	OACI, DCAS Doc. n.º 21.
Navegación	
Convención relativa a la Organización Marítima Internacional (Ginebra, 6 de marzo de 1948)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 289 y 1276, n.º 4214, págs. 3 y 468 respectivamente.

	Fuente
Asuntos jurídicos	
Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda (Ginebra, 20 de abril de 1929)	Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXII, n.º 2623, pág. 371. En español véase España, *Gaceta de Madrid,* n.° 98, 8 de abril de 1931, pág. 98.
Convención sobre Extradición (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CLXV, n.º 3803, pág. 45.
Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 136, de 8 de junio de 1982.
Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1161, pág. 450. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 139, de 11 de junio de 1985.
Convención General sobre Cooperación Judicial (*Convention générale de coopération en matière de justice*) (Antananarivo, 12 de septiembre de 1961)	*Journal Officiel de la République Malgache*, 23 de diciembre de 1961, pág. 2242.
Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, n.º 15410, pág. 167.
Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación del Mercenarismo en África (Libreville, 3 de julio de 1977)	Ibíd., vol. 1490, n.º 25573, pág. 89.
Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1316, n.º 21931, pág. 205.
Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981)	Ibíd., vol. 1752, n.º 30597, pág. 177.
Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (Roma, 10 de marzo de 1988)	Ibíd., vol. 1678, n.º 29004, pág. 201.
Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 2163, n.º 37789, pág. 75.
Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre Extradición (Abuja, 6 de agosto de 1994)	ACNUR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 3, Ginebra, 2007, pág. 1085.
Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, n.º 35457, pág. 363.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 8 de diciembre de 2005)	Ibíd., vol. 2689, pág. 59.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (París, 17 de diciembre de 1997)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2802, n.º 49274, pág. 225. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 46, 22 de febrero de 2002.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, n.º 38544, pág. 3.
Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Ibíd., vol. 2216, n.º 39391, pág. 225. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 182, de 28 de julio de 2010.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, n.º 39574, pág. 209.
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2237, pág. 319.

	Fuente
Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2241, pág. 480.
Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Sus Piezas y Componentes y Municiones, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 31 de mayo de 2001)	Ibíd., vol. 2326, pág. 211.
Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001)	Ibíd., vol. 2296, n.º 40916, pág. 167. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.os 226 y 249, de 17 de septiembre y 14 de octubre de 2010.
Plan de Londres para la Extradición en el Commonwealth (Kingstown, San Vicente y las Granadinas, 21 de noviembre de 2002)	*Commonwealth Law Bulletin 2002*, vol. 28, n.º 2, pág. 1196.
Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003)	ILM, vol. 43 (2004), pág. 5.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.

Lucha contra el terrorismo internacional

Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, n.º 19, n.º 1 (enero de 1938), pág. 23. Documento C.546.M.383.1937.V.
Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional (Washington D.C., 2 de febrero de 1971)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1438, n.º 24381, pág. 191.
Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)	Ibíd., vol. 1137, n.º 17828, pág. 93. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 242, 8 de octubre de 1980.
Convención Regional de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la Eliminación del Terrorismo (Katmandú, 4 de noviembre de 1987)	Disponible en el sitio web de la SAARC: http://saarc-sec.org/.
Protocolo Adicional a la Convención Regional de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la Eliminación del Terrorismo (Islamabad, 6 de enero de 2004)	SAARC/SUMMIT.12/SC.29/27, ANNEX-III (disponible en el sitio web de la SAARC: http://saarc-sec.org/).
Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, n.º 37517, pág. 256.
Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999)	Ibíd., vol. 2178, n.º 38349, pág. 197.
Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005)	Ibíd., vol. 2445, n.º 44004, pág. 89.
Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Ibíd., vol. 2488, n.º 44655, pág. 129. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 250, de 16 de octubre de 2009.
Convención de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) para la Prevención contra el Terrorismo (Cebú, Filipinas, 13 de enero de 2007)	*Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.08.V.2), pág. 366.

Derecho del mar

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, n.º 31363, pág. 3.

	Fuente
Derecho de los tratados	
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 3.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986) (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Asistencia	
Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1457, n.º 24643, pág. 133.
Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago, 7 de junio de 1991)	OEA, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/49.
Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre Colaboración en materia de Asistencia y Respuesta de Emergencia en Casos de Desastre Natural o Provocado por el Hombre (Sochi, 15 de abril de 1998)	Disponible en el sitio web de la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro:.
Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil (Ginebra, 22 de mayo de 2000)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2172, n.º 38131, pág. 213.
Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia (Ventiane, 26 de julio de 2005)	*ASEAN Documents Series 2005*, pág. 157.
Telecomunicaciones	
Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe (Tampere, 18 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2296, n.º 40906, pág. 5.
Derecho aplicable a los conflictos armados	
Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña (Ginebra, 22 de agosto de 1864)	CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 19.
Convenciones de La Haya de 1899 y 1907: Convención VIII relativa a la Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto (La Haya, 18 de octubre de 1907)	*Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, J. B. Scott (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 27 de julio de 1929)	Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, vol. CXVIII, n.º 2733, pág. 303.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949) (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, n.os 970 a 973. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, n.º 970, pág. 31. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, n.º 971, pág. 85. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, n.º 972, pág. 135. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 68 y ss.

	Fuente
Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, n.º 973, pág. 287. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, n.os 17512 y 17513, págs. 3 y 609.
Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954)	Ibíd., vol. 249, n.º 3511, pág. 215.
Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999)	Ibíd., vol. 2253, n.º 3511, pág. 172.
Desarme	
Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (Londres, Moscú y Washington D.C., 1 de julio de 1968)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 729, n.º 10485, pág. 161.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción (Londres, Moscú y Washington D.C., 10 de abril de 1972)	Ibíd., vol. 1015, n.º 14860, pág. 163.
Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (con Protocolos) (Ginebra, 10 de octubre de 1980)	Ibíd., vol. 1342, n.º 22495, pág. 137.
Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II)	Ibíd.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (abierta a la firma en París el 13 de enero de 1993)	Ibíd., vol. 1975, n.º 33757, pág. 3.
Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (Washington D.C., 14 de noviembre de 1997)	Ibíd., vol. 2029, n.º 35005, pág. 55.
Medio ambiente	
Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (Washington D.C., 2 de diciembre de 1946)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 161, n.º 2124, pág. 72. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 202, 22 de agosto de 1980.
Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar (Irán), 2 de febrero de 1971)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 996, n.º 14583, pág. 245. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 199, 20 de agosto de 1982.
Protocolo de Enmienda del Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (París, 3 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1437, pág. 344.
Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (Londres, México, Moscú y Washington D.C., 29 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1046, n.º 15749, pág. 120.
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington D.C., 3 de marzo de 1973)	Ibíd., vol. 993, n.º 14537, pág. 243.
Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Ibíd., vol. 1302, n.º 21623, pág. 217. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 59, 10 de marzo de 1983.
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, n.º 26164, pág. 293.
Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)	Ibíd., vol. 1522, n.º 26369, pág. 3. Por lo que respecta a las Enmiendas de Copenhague y Beijing, véase ibíd., vol. 1785, pág. 517, y vol. 2173, pág. 183, respectivamente. El Protocolo en su forma ajustada y enmendada figura en: PNUMA, *Manual del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono*, 8.ª ed., 2009.

	Fuente
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1673, n.º 28911, pág. 57.
Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibíd., vol. 2105, n.º 36605, pág. 457. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 61, 11 de marzo de 2000.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, n.º 30822, pág. 107.
Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997)	Ibíd., vol. 2303, n.º 30822, pág. 162.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, n.º 30619, pág. 79.
Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR) (París, 22 de septiembre 1992)	Ibíd., vol. 2354, n.º 42279, pág. 67.
Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49*, vol. III, resolución 51/229, anexo.
Convenio relativo a la Protección del Medio Ambiente por el Derecho Penal (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1998)	Consejo de Europa, *Treaty Series*, n.º 172.
Derecho internacional general	
Convenio para Reglamentar la Tutela de Menores (La Haya, 12 de junio de 1902)	España, *Gaceta de Madrid*, n.° 244, 1 de mayo de 1905, tomo II, pág. 437.
Acta General de la Conferencia Internacional de Algeciras (Algeciras, 7 de abril de 1906)	*The Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana Publications, 1980, vol. 201 (1906), págs. 39 y ss.
Convención de Derecho Internacional Privado (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. LXXXVI, n.º 1950, pág. 111.
Convención para Determinar la Condición de los Extranjeros en el Territorio de las Partes Contratantes (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Ibíd., vol. CXXXII, n.º 3045, pág. 301.
Acuerdo sobre la Deuda Externa Alemana (Londres, 27 de febrero de 1953)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 333, n.º 4764, pág. 3.
Protocolo que Exime a los Nacionales de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia de la Obligación de Disponer de un Pasaporte o un Permiso de Residencia para Permanecer en un País Nórdico Distinto del Suyo (Copenhague, 22 de mayo de 1954) e intercambio de Notas entre Suecia e Islandia que Constituye un Acuerdo sobre la Participación de Islandia en el Protocolo (Estocolmo, 3 de noviembre de 1955)	Ibíd., vols. 199 y 369, n.º 2675, págs. 29 y 458, respectivamente.
Convenio Europeo de Establecimiento (y su Protocolo) (París, 13 de diciembre de 1955)	Ibíd., vol. 529, n.º 7660, pág. 141.
Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 298, n.º 4300, pág. 3. Véanse también el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su versión consolidada, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 340, 10 de noviembre de 1997, pág. 173.
Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la Supresión del Control de Pasaportes en las Fronteras entre los Países Nórdicos (Copenhague, 12 de julio de 1957), adhesión de Islandia (24 de septiembre de 1965) y Acuerdo que enmienda el Convenio (Copenhague, 27 de julio de 1979)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 322, 959 y 1159, n.º 4660, págs. 245, 840 y 442, respectivamente.
Convenio entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos relativo a la Transferencia del Control de las Personas a las Fronteras Exteriores del Territorio del Benelux (Bruselas, 11 de abril de 1960)	Ibíd., vol. 374, n.º 5323, pág. 3

	Fuente
Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional (Londres, 9 de abril de 1965) y enmiendas al anexo del Convenio (Londres, 10 de noviembre de 1977).	Ibíd., vols. 591 y 1110, n.º 8564, págs. 265 y 318, respectivamente. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 231, de 26 de septiembre de 1973, y n.º 240, de 7 de octubre de 1978.
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1037, n.º 15511, pág. 151.
Convención sobre la Protección Física de Materiales Nucleares (Viena, 26 de octubre de 1979, abierta a la firma en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980)	Ibíd., vol. 1456, n.º 24631, pág. 101.

Capítulo I

ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró, en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la primera parte de su 66.º período de sesiones del 5 de mayo al 6 de junio de 2014 y la segunda parte del 7 de julio al 8 de agosto de 2014. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Bernd H. Niehaus, Presidente de la Comisión en su 65.º período de sesiones.

A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Mohammed Bello Adoke (Nigeria)

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Lucius Caflisch (Suiza)

Sr. Enrique J. A. Candioti (Argentina)

Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

Sr. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libia)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sr. Mathias Forteau (Francia)

Sr. Kirill Gevorgian (Federación de Rusia)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sra. Marie G. Jacobsson (Suecia)

Sr. Maurice Kamto (Camerún)

Sr. Kriangsak Kittichaisaree (Tailandia)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sr. Donald M. McRae (Canadá)

Sr. Shinya Murase (Japón)

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

Sr. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzanía)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Narinder Singh (India)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)

Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)

Sr. Amos S. Wako (Kenya)

Sr. Nugroho Wisnumurti (Indonesia)

Sr. Michael Wood (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)

B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

3. En su 3198.ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 2014, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: Sr. Kirill Gevorgian (Federación de Rusia)

Primer Vicepresidente: Sr. Shinya Murase (Japón)

Segundo Vicepresidente: Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Presidente del Comité de Redacción: Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Relator: Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

4. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los anteriores Presidentes de la Comisión[1] y los Relatores Especiales[2].

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

C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 3200.ª, 3204.ª, 3210.ª, 3222.ª y 3227.ª, celebradas los días 7, 14 y 23 de mayo y 11 y

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

[2] Sra. C. Escobar Hernández, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. E. Valencia-Ospina y Sr. M. Wood.

18 de julio de 2014, la Comisión estableció un Comité de Redacción, integrado por los miembros que se mencionan más abajo, para los temas que se indican a continuación:

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

b) *Expulsión de extranjeros*: Sr. G. V. Saboia (Presidente), Sr. M. Kamto (Relator Especial), Sr. E. J. A. Candioti, Sr. M. Forteau, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. M. D. Hmoud, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. M. Vázquez-Bermúdez, Sr. A. S. Wako, Sr. M. Wood y Sr. D. D. Tladi (*ex officio*).

c) *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*: Sr. G. V. Saboia (Presidente), Sr. G. Nolte (Relator Especial), Sr. M. D. Hmoud, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. M. Vázquez-Bermúdez, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. D. D. Tladi (*ex officio*).

d) *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*: Sr. G. V. Saboia (Presidente), Sra. C. Escobar Hernández (Relatora Especial), Sr. E. J. A. Candioti, Sr. M. Forteau, Sr. H. Huang, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. K. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. M. Vázquez-Bermúdez, Sr. A. S. Wako, Sr. M. Wood y Sr. D. D. Tladi (*ex officio*).

e) *Identificación del derecho internacional consuetudinario*: Sr. G. V. Saboia (Presidente), Sr. M. Wood (Relator Especial), Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sr. J. M. Gómez Robledo, Sr. M. D. Hmoud, Sr. K. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. S. Murase, Sr. S. D. Murphy, Sr. G. Nolte, Sr. K. G. Park, Sr. E. Petrič, Sr. M. Vázquez-Bermúdez y Sr. D. D. Tladi (*ex officio*).

7. El Comité de Redacción celebró un total de 31 sesiones sobre los 5 temas indicados.

D. Grupos de trabajo y grupos de estudio

8. En sus sesiones 3199.ª y 3218.ª, celebradas el 6 de mayo y el 8 de julio de 2014, la Comisión volvió a constituir los grupos de trabajo y de estudio siguientes:

a) *Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)*: Sr. K. Kittichaisaree (Presidente), Sr. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sr. A. Laraba, Sr. S. D. Murphy, Sr. K. G. Park, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. Vázquez-Bermúdez y Sr. D. D. Tladi (*ex officio*).

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

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

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

E. Secretaría

10. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. George Korontzis, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Trevor Chimimba y el Sr. Arnold Pronto, Oficiales Jurídicos Superiores, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Superiores. La Sra. Hanna Dreifeldt-Lainé y el Sr. David Nanopoulos, Oficiales Jurídicos, y el Sr. Noah Bialostozky, Oficial Jurídico Adjunto, actuaron como Secretarios Auxiliares de la Comisión.

F. Programa

11. En su 3198.ª sesión, celebrada el 5 de mayo de 2014, la Comisión aprobó el programa de su 66.º período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Expulsión de extranjeros.
3. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).
4. Protección de las personas en casos de desastre.
5. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
6. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.
7. La cláusula de la nación más favorecida.
8. Aplicación provisional de los tratados.
9. Identificación del derecho internacional consuetudinario.
10. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
11. Protección de la atmósfera.
12. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
13. Fecha y lugar del 67.º período de sesiones de la Comisión.
14. Cooperación con otros organismos.
15. Otros asuntos.

Capítulo II

RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 66.º PERÍODO DE SESIONES

12. En relación con el tema «Expulsión de extranjeros», la Comisión aprobó, en segunda lectura, un conjunto de 31 proyectos de artículo, con los comentarios correspondientes, sobre la expulsión de extranjeros y, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendó a la Asamblea General que tomase nota del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros en una resolución, incluyera los artículos en un anexo de dicha resolución y alentase a que se le diese la máxima difusión; y que considerase la posibilidad de elaborar, en una etapa posterior, una convención sobre la base del proyecto de artículos (cap. IV).

13. Con respecto al tema «Protección de las personas en casos de desastre», la Comisión tuvo ante sí el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/668 y Add.1), que trataba de la protección del personal de socorro y sus bienes y equipo, así como de la relación del proyecto de artículos con otras normas, e incluía una propuesta sobre los términos empleados.

14. Tras examinar el tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó, en primera lectura, un conjunto de 21 proyectos de artículo, con los comentarios correspondientes, sobre la protección de las personas en casos de desastre. La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos, las organizaciones internacionales competentes, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (FICR) para que formularan comentarios y observaciones, con la petición de que presentaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2016. Asimismo, la Comisión indicó que le complacería recibir, para la misma fecha, comentarios y observaciones sobre el proyecto de artículos de las Naciones Unidas, incluidas la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH) y la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR) (cap. V).

15. En relación con el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», la Comisión volvió a constituir el Grupo de Trabajo sobre esta cuestión. El Grupo de Trabajo siguió evaluando la labor sobre el tema, en particular a la luz de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión durante el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General en relación con el informe del Grupo de Trabajo correspondiente a 2013[3]. Tomando como base la labor del Grupo de Trabajo, la Comisión aprobó el informe final sobre el tema y decidió concluir su examen del mismo (cap. VI).

16. Por lo que respecta al tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), que contenía, entre otras cosas, seis proyectos de conclusión relativos a la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación, las formas y el valor de la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena de 1969), el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado, las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes y el alcance de la interpretación mediante los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir los seis proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial al Comité de Redacción. Una vez examinado el informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión con los comentarios correspondientes (cap. VII).

17. En cuanto al tema «Protección de la atmósfera», la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667). En él se exponía el propósito general del proyecto, incluidos una justificación de la labor sobre el tema, un esbozo de su ámbito de aplicación, una identificación de los conceptos básicos pertinentes y una serie de perspectivas y enfoques que podían adoptarse en relación con el tema; y se presentaban tres proyectos de directriz sobre: *a*) la definición del término «atmósfera»; *b*) el ámbito de aplicación del proyecto de directrices; y *c*) la condición jurídica de la atmósfera. Tras el debate en sesión plenaria, a petición del Relator Especial, se aplazó hasta el año siguiente la remisión del proyecto de directrices al Comité de Redacción (cap. VIII).

18. Con respecto al tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», la Comisión examinó el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673), en el que, entre otras cosas, se presentaban el proyecto de artículo 2 *e*, sobre el concepto de funcionario del Estado, y el proyecto de artículo 5, sobre los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir los dos proyectos de artículo al Comité de Redacción. Después de examinar el informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 2 *e*, sobre el concepto de funcionario del Estado, y el proyecto de artículo 5, sobre los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*, con los comentarios correspondientes (cap. IX).

19. En relación con el tema «Identificación del derecho internacional consuetudinario», la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672),

[3] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), anexo I.

que contenía, entre otras cosas, 11 proyectos de conclusión, tras un análisis de: el alcance y los resultados del tema, el enfoque básico, así como los dos elementos constitutivos de las normas de derecho internacional consuetudinario, a saber, «una práctica general» y «aceptada como derecho». Después de debatirlo en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los 11 proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial. La Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción, incluidos los 8 proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité, que fueron presentados a la Comisión para información (cap. X).

20. Por lo que respecta al tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados», la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar de la Relatora Especial (A/CN.4/674), en el que, entre otras cosas, se hacía una exposición general de los puntos de vista expresados por los delegados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, el alcance y la metodología, los términos empleados, los principios ambientales y cuestiones relativas a los derechos humanos y de los pueblos indígenas. En el debate celebrado en sesión plenaria se abordaron, entre otras cuestiones, el alcance y la metodología, los términos empleados, los principios ambientales y los derechos humanos y de los pueblos indígenas (cap. XI).

21. En relación con el tema «Aplicación provisional de los tratados», la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), que tenía por objeto ofrecer un análisis sustantivo de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados. En el debate se puso de manifiesto que había amplio acuerdo en que la premisa fundamental sobre la que se basa el tema era que, con sujeción a las especificidades del tratado en cuestión, los derechos y obligaciones de un Estado que hubiera decidido aplicar provisionalmente el tratado, o partes de él, eran los mismos que si el tratado estuviera en vigor para ese Estado (cap. XII).

22. Con respecto al tema «La cláusula de la nación más favorecida», la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre esa cuestión. El Grupo de Estudio comenzó a examinar el proyecto de informe final, preparado por su Presidente sobre la base de los documentos de trabajo y otros documentos oficiosos que había considerado el Grupo de Estudio en el curso de sus trabajos desde que iniciara sus deliberaciones en 2009. El Grupo de Estudio tenía previsto presentar un proyecto de informe final revisado para que la Comisión lo examinara en su 67.º período de sesiones, en 2015, teniendo en cuenta las observaciones formuladas y las modificaciones propuestas por miembros del Grupo de Estudio durante el actual período de sesiones (cap. XIII).

23. La Comisión estableció un Grupo de Planificación para que examinara su programa, sus procedimientos y sus métodos de trabajo (cap. XIV, secc. A). La Comisión decidió incluir el tema «Crímenes de lesa humanidad» en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial al Sr. Sean D. Murphy (ibíd., secc. A.1). Decidió también incluir el tema «*Jus cogens*» en su programa de trabajo a largo plazo. La Comisión aprobó el examen y la actualización de la lista de posibles temas, utilizando para ello como punto de partida la que figuraba en el plan general ilustrativo de temas de 1996[4]. En relación con este punto, pidió a la Secretaría que revisara la lista de 1996 a la luz de la evolución posterior y preparase una lista de posibles temas («estudio»), acompañada de breves notas explicativas, antes de que concluyera el presente quinquenio. Quedó entendido que el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo seguiría examinando cualquier tema que los miembros pudieran proponer (ibíd., secc. A.2).

24. La Comisión prosiguió su intercambio de información con la Corte Internacional de Justicia, la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, el Comité Jurídico Interamericano, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana.

25. La Comisión decidió que su 67.º período de sesiones se celebrara en Ginebra del 4 de mayo al 5 de junio y del 6 de julio al 7 de agosto de 2015 (cap. XIV, secc. B).

---

[4] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), anexo II.

Capítulo III

CUESTIONES CONCRETAS RESPECTO DE LAS CUALES LAS OBSERVACIONES SERÍAN DE PARTICULAR INTERÉS PARA LA COMISIÓN

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

26. La Comisión solicita a los Estados y a las organizaciones internacionales que, antes del 31 de enero de 2015:

a) le proporcionen ejemplos en los que la práctica de una organización internacional[5] haya contribuido a la interpretación de un tratado; y

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

B. Protección de la atmósfera

27. La Comisión pide a los Estados que, antes del 31 de enero de 2015, faciliten información relevante sobre legislación nacional y resoluciones judiciales de los tribunales nacionales.

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

28. La Comisión pide a los Estados que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre su legislación interna y sobre su práctica, especialmente la práctica judicial, en relación con las siguientes cuestiones:

a) el significado dado a las expresiones «actos oficiales» y «actos realizados a título oficial» en el contexto de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y

b) las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

D. Identificación del derecho internacional consuetudinario

29. La Comisión reitera su petición a los Estados de que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información sobre su práctica en relación con la formación del derecho internacional consuetudinario y los tipos de prueba para establecer ese derecho en una situación determinada, tal como se recoge en:

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

b) resoluciones de tribunales nacionales, regionales y subregionales.

30. Asimismo, la Comisión agradecería información sobre recopilaciones y estudios de la práctica de los Estados en el campo del derecho internacional.

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

31. La Comisión solicita a los Estados que, antes del 31 de enero de 2015, le faciliten información sobre si, en su práctica, el derecho ambiental internacional o interno se ha considerado aplicable en relación con conflictos armados internacionales o no internacionales. La Comisión agradecería en especial que se le proporcionaran ejemplos de:

a) tratados, incluidos tratados regionales o bilaterales relevantes;

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

c) jurisprudencia sobre la aplicación del derecho ambiental internacional o interno en controversias relacionadas con situaciones de conflicto armado.

32. La Comisión también desearía que los Estados le informaran de si disponen de algún instrumento que tenga por objeto proteger el medio ambiente en relación con un conflicto armado. Ejemplos de este tipo de instrumentos son, sin ánimo de ser exhaustivos: legislación y normativas nacionales; manuales militares, procedimientos operativos estándar, normas de intervención o acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas aplicables durante operaciones internacionales; y políticas de gestión ambiental relacionadas con actividades de defensa.

F. Aplicación provisional de los tratados

33. La Comisión reitera su solicitud a los Estados de que, antes del 31 de enero de 2015, proporcionen información

[5] Véase, por ejemplo, «práctica bien establecida de la organización» en el artículo 2 *b* del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88, comentario en la pág. 58, párrs. 16 y 17 (los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en su 63.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011); el artículo 2, párr. 1 *j* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986.

sobre su práctica en relación con la aplicación provisional de los tratados, incluida la legislación nacional pertinente, con ejemplos, en particular en lo que se refiere a:

a) la decisión de aplicar provisionalmente un tratado;

b) la terminación de esa aplicación provisional; y

c) los efectos jurídicos de la aplicación provisional.

G. Crímenes de lesa humanidad

34. La Comisión pide a los Estados que, antes del 31 de enero de 2015, faciliten información sobre:

a) si el derecho interno vigente en el Estado tipifica específicamente como delito los «crímenes de lesa humanidad» y, de ser así:

b) el texto de la legislación penal relevante;

c) en qué condiciones puede el Estado ejercer su jurisdicción sobre un presunto infractor por la comisión de un crimen de lesa humanidad (por ejemplo, cuando el delito tiene lugar dentro de su territorio o cuando el delito es cometido por un nacional o un residente); y

d) las resoluciones de los tribunales nacionales del Estado que se hayan pronunciado en casos de crímenes de lesa humanidad.

Capítulo IV

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

A. Introducción

35. En su 56.º período de sesiones (2004), la Comisión decidió incluir el tema «Expulsión de extranjeros» en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Maurice Kamto[6]. La Asamblea General, en el párrafo 5 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

36. Desde su 57.º período de sesiones (2005) hasta su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión recibió y examinó ocho informes del Relator Especial[7], una nueva versión de los proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Relator Especial a la luz del debate celebrado en sesión plenaria[8], un nuevo proyecto de plan de trabajo presentado por el Relator Especial con miras a la ordenación de los proyectos de artículo[9], un memorando de la Secretaría[10], así como observaciones e información recibidas de los gobiernos[11].

37. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión aprobó en primera lectura 32 proyectos de artículo sobre la expulsión de extranjeros, con los comentarios correspondientes[12]. La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

38. En el actual período de sesiones la Comisión tuvo ante sí el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/670), que contenía propuestas de reformulación de los proyectos de artículo aprobados en primera lectura a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos (A/CN.4/669 y Add.1). En su 3199.ª sesión, celebrada el 6 de mayo de 2014, y en sus sesiones 3201.ª a 3204.ª, del 8 al 14 de mayo de 2014, la Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial y encomendó al Comité de Redacción que procediera a la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la base de las propuestas del Relator Especial, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos, así como el debate celebrado en sesión plenaria sobre el informe del Relator Especial.

39. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.832) en su 3216.ª sesión, celebrada el 6 de junio de 2014, y aprobó en segunda lectura el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros (secc. E.1 *infra*).

40. En su 3238.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de artículos (secc. E.2 *infra*).

41. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta el proyecto de artículos a la Asamblea General con la recomendación que figura más abajo.

C. Recomendación de la Comisión

42. En su 3238.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2014, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General que:

a) tomase nota del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros en una resolución, incluyera los artículos en un anexo de dicha resolución y alentase a que se le diera la máxima difusión;

b) considerase la posibilidad de, en una etapa posterior, elaborar una convención sobre la base del proyecto de artículos.

---

[6] *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 364. En su 50.º período de sesiones (1998), la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Planificación en el que se seleccionaba, entre otros, el tema «Expulsión de extranjeros» para su posible inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión (*Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 554) y, en su 52.º período de sesiones (2000), aprobó esa recomendación (*Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729). En un anexo al informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en ese período de sesiones se incluyó un breve resumen en el que se exponían el planteamiento y la posible estructura general que se podrían adoptar en relación con el tema (ibíd., anexo, pág. 149). En el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

[7] *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554 (informe preliminar); *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573 (segundo informe); *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581 (tercer informe); *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/594 (cuarto informe); *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/611 (quinto informe); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2 (sexto informe); *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/642 (séptimo informe); y *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/651 (octavo informe).

[8] *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/617.

[9] Ibíd., documento A/CN.4/618.

[10] A/CN.4/565 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte).

[11] Para las observaciones y la información recibidas de los gobiernos, véanse *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/604, y *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/628 y Add.1.

[12] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 41 y 42 y párrs. 45 y 46.

D. Reconocimiento al Relator Especial

43. En su 3238.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2014, la Comisión, después de haber aprobado los comentarios al proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros,

Expresa al Relator Especial, Sr. Maurice Kamto, su profundo agradecimiento y su calurosa felicitación por la notable contribución que ha realizado a la preparación del proyecto de artículos, con su incansable esfuerzo y dedicada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros.

E. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros

1. Texto del proyecto de artículos

44. El texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado en segunda lectura por la Comisión en su 66.º período de sesiones figura a continuación.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio.

2. El presente proyecto de artículos no se aplica a los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

***a*) se entiende por «expulsión» un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado;**

***b*) se entiende por «extranjero» la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.**

Artículo 3. Derecho de expulsión

Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de conformidad con el presente proyecto de artículos, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables, en particular las relativas a los derechos humanos.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley.

Artículo 5. Motivos de expulsión

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.

2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.

3. El motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.

4. Un Estado no expulsará a un extranjero por un motivo contrario a sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Segunda parte

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Normas relativas a la expulsión de refugiados

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados y, en particular, de las siguientes normas:

***a*) un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público;**

***b*) un Estado no expulsará o devolverá, en modo alguno, a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país.**

Artículo 7. Normas relativas a la expulsión de apátridas

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los apátridas, y en particular de la norma según la cual un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Artículo 8. Privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión

Un Estado no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo.

Artículo 9. Prohibición de la expulsión colectiva

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor.

Artículo 10. Prohibición de la expulsión encubierta

1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley.

Artículo 11. Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes

Queda prohibida la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

Artículo 12. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso

Un Estado no recurrirá a la expulsión de un extranjero con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso.

Tercera parte

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

Artículo 14. Prohibición de la discriminación

El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

Artículo 15. Personas vulnerables

1. Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad.

2. En particular, en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión, el interés superior del niño será una consideración primordial.

Capítulo II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 16. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión.

Artículo 17. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 18. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. No interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho.

Artículo 19. Detención del extranjero a efectos de su expulsión

1. *a*) La detención de un extranjero a efectos de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.

***b*) El extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.**

2. *a*) La duración de la detención se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

***b*) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente.**

3. *a*) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

***b*) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión.**

Artículo 20. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión y le permitirá, de conformidad con la ley, disponer de ellos libremente, incluso desde fuera del país.

Capítulo III

PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

1. El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión.

2. En caso de ejecución forzosa de la resolución de expulsión, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional.

3. El Estado expulsor concederá al extranjero objeto de expulsión un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias.

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado al Estado de su nacionalidad o a cualquier otro Estado que tenga la obligación de acogerlo en virtud del derecho internacional, o a cualquier Estado que acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o, en su caso, del interesado.

2. Cuando el Estado de nacionalidad o cualquier otro Estado que tenga la obligación de acoger al extranjero en virtud del derecho internacional no haya sido identificado y ningún otro Estado acepte acoger al extranjero, este podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia o, en su caso, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada

1. Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. Un Estado que no aplique la pena de muerte no expulsará a un extranjero a un Estado en el que este haya sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser condenado a muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Capítulo IV

PROTECCIÓN EN EL ESTADO DE TRÁNSITO

Artículo 25. Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

El Estado de tránsito protegerá los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Cuarta parte

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión goza de los siguientes derechos procesales:

***a*) derecho a ser notificado de la resolución de expulsión;**

***b*) derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello;**

***c*) derecho a ser oído por una autoridad competente;**

***d*) derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión;**

***e*) derecho a estar representado ante la autoridad competente; y**

***f*) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.**

2. Los derechos enunciados en el párrafo 1 se entienden sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley.

3. El extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular.

4. Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo.

Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible.

Artículo 28. Procedimientos internacionales de recurso individual

El extranjero objeto de expulsión podrá hacer uso de cualquier procedimiento de recurso individual disponible ante una instancia internacional competente.

Quinta parte

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

1. El extranjero que, encontrándose legalmente en el territorio de un Estado, sea expulsado por este, tendrá derecho a la readmisión en el Estado expulsor si una autoridad competente determina que la expulsión fue ilícita, a no ser que la readmisión constituya una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o que por alguna otra razón el extranjero ya no cumpla las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor.

2. En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero.

Artículo 30. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

La expulsión de un extranjero en violación de obligaciones del Estado expulsor enunciadas en el presente proyecto de artículos o en cualquier otra norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional de ese Estado.

Artículo 31. Protección diplomática

El Estado de nacionalidad del extranjero objeto de expulsión podrá ejercer la protección diplomática con respecto a ese extranjero.

2. Texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes

45. El texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, con los comentarios correspondientes, aprobado en segunda lectura por la Comisión en su 66.º período de sesiones figura a continuación.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Comentario general

1) La expulsión de extranjeros, pese a ser un derecho soberano del Estado, plantea la cuestión de los derechos del extranjero objeto de expulsión y los del Estado expulsor en relación con el Estado de destino de la persona expulsada. Así pues, el asunto no escapa al derecho internacional. Desde, al menos, el siglo XIX ha ido desarrollándose práctica de los Estados sobre diversos aspectos de la expulsión de extranjeros. Varios tratados internacionales también contienen disposiciones relativas a determinados aspectos de este tema. Se ha venido acumulando jurisprudencia internacional al respecto desde mediados del siglo XIX, lo que de hecho ha facilitado la codificación de distintos aspectos del derecho internacional. Esa base jurisprudencial se ha visto reforzada recientemente con un fallo de la Corte Internacional de Justicia[13] que aclara en relación con esta cuestión el derecho relevante sobre diversos aspectos. No obstante, la materia en conjunto no descansa sobre una base de derecho internacional consuetudinario ni sobre disposiciones de convenciones internacionales de carácter universal. Algunos aspectos de la cuestión siguen siendo objeto de una práctica limitada que, no obstante, revela tendencias que permiten un desarrollo prudente de normas de derecho internacional en este campo. Por esa razón, el presente proyecto de artículos abarca tanto la codificación como el desarrollo progresivo de normas fundamentales sobre la expulsión de extranjeros.

2) El proyecto de artículos está estructurado en cinco partes. En la primera parte, titulada «Disposiciones generales», se delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, se definen, a los efectos del proyecto, los términos clave «expulsión» y «extranjero» y seguidamente se enuncian una serie de normas generales relativas al derecho de expulsión, a la obligación de conformidad con el derecho y a los motivos de expulsión. La segunda parte del proyecto de artículos se refiere a varios casos de expulsiones prohibidas. En la tercera parte se trata de la protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión, primero desde un punto de vista general (capítulo I) y

[13] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss.

luego de forma más específica, examinando la protección requerida en el Estado expulsor (capítulo II), la protección en relación con el Estado de destino (capítulo III) y la protección en el Estado de tránsito (capítulo IV). La cuarta parte del proyecto de artículos se refiere a reglas específicas de procedimiento, mientras que la quinta parte trata de las consecuencias jurídicas de la expulsión.

3) La expresión «extranjero[s] objeto de expulsión», que se utiliza en todo el proyecto de artículos, tiene un significado suficientemente general para abarcar, en función del contexto, a todo extranjero que se encuentre en cualquier etapa del proceso de expulsión. Este proceso comienza generalmente con la apertura de un procedimiento que puede llevar a la adopción de una resolución de expulsión, a la que puede seguir, según el caso, una etapa judicial; en principio, el proceso termina con el cumplimiento de la resolución de expulsión, ya sea con la salida voluntaria del extranjero en cuestión o con la ejecución forzosa de la resolución. Dicho de otro modo, la expresión «extranjero[s] objeto de expulsión» tiene por fin abarcar todos los aspectos de la situación del extranjero, no solo la resolución de expulsión que se adopte en su contra, sino también las diversas etapas del proceso de expulsión que preceden o siguen la adopción de tal resolución y que, según el caso, pueden entrañar también la adopción de medidas restrictivas contra el extranjero, entre ellas su posible internamiento a los efectos de la expulsión.

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio.

2. El presente proyecto de artículos no se aplica a los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 tiene por objeto delimitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Mientras en el párrafo 1 se enuncia una definición general de ese ámbito de aplicación, en el párrafo 2 se excluye del proyecto de artículos a ciertas categorías de personas que de otro modo quedarían comprendidas en el párrafo 1.

2) Al decir que el proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio, el párrafo 1 define el ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae* del proyecto de artículos. En lo que se refiere al primer aspecto, relativo a las medidas que abarca el proyecto de artículos, simplemente se hace referencia a la «expulsión por un Estado», lo que engloba indistintamente cualquier medida de expulsión. No se proporciona ninguna otra indicación al respecto, puesto que el concepto de «expulsión» se define en el proyecto de artículo 2, apartado *a*, *infra*. En cuanto al ámbito de aplicación *ratione personae*, a saber, las personas a las que se aplica el proyecto de artículos, del párrafo 1 se desprende que el proyecto de artículos se aplica con carácter general a la expulsión de cualquier extranjero que se encuentre en el territorio del Estado expulsor, sin que se haga distinción alguna entre las diferentes categorías de personas concernidas, esto es, los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado expulsor, los extranjeros en situación irregular, los refugiados, las personas desplazadas, los solicitantes y beneficiarios de asilo y los apátridas. El término «extranjero» se define en el proyecto de artículo 2, apartado *b*.

3) El proyecto de artículos abarca tanto la expulsión de un extranjero legalmente presente en el territorio del Estado expulsor como la del extranjero presente ilegalmente en dicho territorio. Tal es el sentido del párrafo 1 del proyecto de artículo 1. La categoría de los extranjeros ilegalmente presentes en el territorio del Estado expulsor abarca tanto a los extranjeros que hayan entrado ilegalmente en ese territorio como a los extranjeros cuya presencia en el territorio haya pasado a ser ilegal después, en particular a raíz de una violación de la legislación del Estado expulsor relativa a las condiciones de estancia[14]. Si bien el proyecto de artículos se aplica con carácter general a la expulsión de extranjeros presentes tanto legal como ilegalmente en el territorio del Estado expulsor, conviene señalar desde ya que en ciertas disposiciones del proyecto de artículos se establecen distinciones necesarias entre esas dos categorías de extranjeros, en particular en lo que se refiere a los derechos que se les reconocen[15]. También cabe indicar que la inclusión en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos de los extranjeros cuya presencia en el territorio del Estado expulsor es ilegal debe entenderse teniendo presente la cláusula, que figura al final del proyecto de artículo 2, apartado *a*, por la que se excluyen del ámbito de aplicación del proyecto de artículos las cuestiones relativas a la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado[16].

---

[14] Algunos tratados distinguen entre los extranjeros en situación regular y los que se hallan en situación irregular, pero no ofrecen una definición de la expresión «extranjeros en situación ilegal» (véase, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 13); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 32); la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 31); y el Convenio Europeo de Establecimiento, de 1955. Véase también el memorando de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 755, notas 1760 a 1763). En algunas legislaciones nacionales se encuentran elementos de la definición de esa categoría de extranjeros, cuya designación varía en función de cada legislación. Se puede entender que el extranjero en situación irregular es aquel cuya presencia en el territorio del Estado de acogida infringe la legislación de dicho Estado en materia de admisión, de estancia o de residencia de extranjeros. En primer lugar, la ilegalidad puede determinarse en lo que respecta a las condiciones de entrada. De ese modo, se considerará que se encuentra en situación irregular todo extranjero que cruce la frontera del Estado expulsor contraviniendo las normas relativas a la admisión de extranjeros. En segundo lugar, la irregularidad puede estar también determinada no ya en relación con las condiciones de entrada sino de estancia en el territorio del Estado expulsor. En ese caso, aunque el extranjero haya cruzado legalmente la frontera del Estado y, por tanto, haya sido admitido regularmente por este último, no reúne después las condiciones de estancia establecidas por el derecho del Estado de acogida. Así sucede, por ejemplo, cuando un extranjero admitido legalmente en el territorio de un Estado prolonga su estancia más allá del período fijado por las autoridades competentes de dicho Estado. En tercer lugar, la ilegalidad de la presencia del extranjero en el territorio del Estado expulsor puede deberse a los dos motivos. Tal es el caso cuando el extranjero ha cruzado de manera ilegal la frontera del Estado de acogida y no ha regularizado posteriormente su situación: no reúne, pues, ni las condiciones de admisión ni las de estancia.

[15] Véanse, *infra*, los proyectos de artículo 6, 7, 26, 27 y 29 y sus comentarios.

[16] Véase el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 2 *infra*.

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 1 excluye del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a ciertas categorías de extranjeros, a saber, los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional. Esta disposición está destinada a excluir a ciertos extranjeros cuya salida forzosa del territorio de un Estado está regida por normas especiales del derecho internacional, es decir, en particular, las personas adscritas a misiones diplomáticas, oficinas consulares, misiones especiales, organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado, así como, en su caso, los miembros de su familia. Dicho de otro modo, esos extranjeros están excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de artículos porque existen normas especiales de derecho internacional que establecen las condiciones en las que pueden ser compelidos a abandonar el territorio del Estado en el que se encuentran para ejercer sus funciones[17].

5) En cambio, no están excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos otras categorías de extranjeros que gozan de protección especial en virtud del derecho internacional, como los refugiados, los apátridas y los trabajadores migrantes y sus familiares[18]. Ahora bien, queda entendido que la aplicación de las disposiciones del proyecto de artículos a esas categorías de extranjeros es sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales que rijan cualquier otro aspecto de su expulsión del territorio de un Estado[19]. Las personas desplazadas, en el sentido de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas[20], tampoco quedan excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

***a*) se entiende por «expulsión» un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado;**

***b*) se entiende por «extranjero» la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.**

Comentario

1) En el proyecto de artículo 2 se definen, a los efectos del presente proyecto de artículos, dos términos clave, «expulsión» y «extranjero».

2) En el apartado *a* se enuncia una definición de la «expulsión». Esta definición refleja la distinción entre, por una parte, un acto jurídico (en inglés: *formal act*) por el que un Estado compele a una persona a abandonar su territorio (sea cual fuere, por lo demás, la denominación de ese acto en el derecho interno) y, por otra parte, un comportamiento atribuible al Estado que produzca el mismo resultado[21]. La Comisión consideró conveniente incluir esos dos supuestos en la definición de la «expulsión» a los efectos del proyecto de artículos. También debe precisarse que el proyecto de artículo 2 trata únicamente de la definición de la «expulsión» y no prejuzga en absoluto la cuestión de la licitud de las diversas modalidades de expulsión a las que se refiere. Las modalidades de expulsión que no adoptan la forma de un acto jurídico también están incluidas en la definición de expulsión en el sentido del proyecto de artículos y pueden estar sujetas al régimen de prohibición de la «expulsión encubierta» que se enuncian en el proyecto de artículo 10.

3) La condición según la cual el acto jurídico o el comportamiento que constituyen la expulsión deben ser atribuibles al Estado debe entenderse a la luz de los criterios de atribución previstos en el capítulo II de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[22]. Por tanto, es conveniente aplicar los mismos criterios de atribución que los definidos en esos artículos para determinar si una expulsión debe ser considerada como el hecho de un Estado según el derecho internacional.

4) El comportamiento —distinto de la adopción de una decisión formal— que podría dar lugar a una expulsión puede adoptar la forma de una acción o una omisión del Estado. La omisión puede consistir en particular en una actitud de tolerancia con respecto a las conductas adoptadas contra el extranjero por particulares o entidades que

[17] Véanse, en particular, las normas enunciadas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963; y la Convención sobre las Misiones Especiales, de 1969.

[18] Véanse, en particular, las normas enunciadas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, de 1990.

[19] Véanse, en este sentido, con respecto a los refugiados y los apátridas, las cláusulas «sin perjuicio» que figuran más abajo, en los proyectos de artículo 6 y 7.

[20] Si el desplazado se encuentra, por la fuerza de las circunstancias, en territorio extranjero, fuera de su Estado de origen o de nacionalidad, esa persona se encontraría en una situación comparable a la del refugiado. Pero no puede ser asimilada a este último aunque tenga, en general, la misma necesidad de protección. El elemento diferenciador entre ambas situaciones radica en los motivos por los que se ha buscado refugio en el extranjero. Las personas desplazadas fuera del territorio de su país de origen o de nacionalidad lo son por motivos diferentes de los enumerados en la definición de «refugiado» en derecho internacional. Se trata de personas que se encuentran fuera de su país en razón de desastres, ya sea naturales o provocados por el ser humano. Esta categoría de personas está compuesta básicamente de las víctimas de esos desastres que se denominan, para facilitar la comprensión, «refugiados ecológicos» o «ambientales». Es a estas personas a las que se refiere la Asamblea General desde 1977 cuando habla de «refugiados y personas desplazadas». Véase, por ejemplo, la resolución 59/170 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2004, párr. 10.

[21] En el derecho interno de la mayoría de los Estados, la expulsión adopta la forma de un acto legal del Estado, en el sentido de acto administrativo unilateral, por cuanto constituye una decisión de las autoridades administrativas. Se trata de un acto formal que puede ser recurrido ante los órganos jurisdiccionales del Estado expulsor, ya que la expulsión es un procedimiento que puede dar lugar a un proceso contencioso en cada una de sus etapas. También procede considerar que existe expulsión incluso en ausencia de un acto jurídico formal, como se examina más adelante en el comentario al proyecto de artículo 10.

[22] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 39 a 56. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

actúan a título privado, por ejemplo cuando el Estado se abstiene de proteger adecuadamente a un extranjero contra actos hostiles cometidos por actores no estatales[23]. Lo que resulta determinante a los efectos de la definición de la expulsión es que el extranjero en cuestión sea *compelido* a abandonar el territorio de un Estado a causa de un acto jurídico o de un comportamiento —activo o pasivo— atribuible a ese Estado[24]. Además, para que se trate de una expulsión en virtud de un *comportamiento* (es decir sin que se adopte una decisión formal), es esencial que quede establecida la intención del Estado en cuestión de provocar, mediante ese comportamiento, la salida del extranjero de su territorio[25].

5) Para mayor claridad, la Comisión ha juzgado conveniente precisar, en la segunda frase del apartado *a*, que el concepto de expulsión en el sentido del proyecto de artículos no incluye la extradición de un extranjero a otro Estado, ni la entrega a una jurisdicción penal internacional, ni la no admisión de un extranjero en un Estado. En lo que respecta a la no admisión, conviene precisar que en el marco de otros ordenamientos jurídicos en ocasiones se utiliza el término «devolución» en vez de «no admisión». En aras de la coherencia, en el presente proyecto de artículos se emplea esta última expresión. Esa exclusión se refiere a la negativa de las autoridades de un Estado —en general las autoridades encargadas del control de la inmigración y de la vigilancia de las fronteras— de admitir a un extranjero en el territorio de ese Estado. En cambio, las medidas adoptadas por un Estado con el fin de compeler a un extranjero ya presente, aunque ilegalmente, en su territorio a abandonarlo, corresponden al concepto de «expulsión», tal como se define en el proyecto de artículo 2, apartado *a*. Esta distinción debe entenderse a la luz de la definición del ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de artículos, que incluye tanto a los extranjeros presentes legalmente en el territorio del Estado expulsor como a aquellos cuya presencia en dicho territorio es ilegal[26]. Además, la exclusión de las cuestiones relativas a la no admisión del ámbito del proyecto de artículos no afecta a las normas de derecho internacional relativas a los refugiados. Esta reserva se debe a que el apartado *b* del proyecto de artículo 6, en el que se enuncia la prohibición de la devolución («*refoulement*») en el sentido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, inevitablemente trata cuestiones de admisión.

[23] Véase, *infra*, el proyecto de artículo 10 y su comentario.

[24] La expulsión nunca es, ni un acto o hecho solicitado por la persona expulsada, ni un acto o hecho consentido por ella. Es una medida formal o una situación de fuerza irresistible que obliga a esa persona a abandonar el territorio del Estado expulsor. La medida formal por la que se ordena la expulsión es una medida cautelar y, por tanto, una limitación legal, mientras que la expulsión es una limitación que se experimenta físicamente como tal. Este elemento de coerción es importante ya que permite distinguir a la expulsión de una salida normal o común del extranjero del territorio del Estado. Es este elemento el que, precisamente, despierta la atención o el interés no solamente del Estado de destino del expulsado, sino también de terceros Estados con respecto a la situación así creada, en la medida en que el ejercicio de este derecho incuestionable del Estado está relacionado con la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

[25] Véanse *infra* los párrafos 3 a 7 del comentario del proyecto de artículo 10.

[26] Véanse *supra* los párrafos 2 y 3 del comentario del proyecto de artículo 1.

6) En el apartado *b* del proyecto de artículo 2 se define al «extranjero» como una persona que no posee la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra. Esta definición abarca tanto a las personas nacionales de otro Estado como a las que no tienen nacionalidad de ningún Estado, es decir los apátridas[27]. De esta definición se desprende asimismo que una persona que tenga la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre en ningún caso podrá ser considerada extranjera con respecto a dicho Estado, aunque posea una o varias otras nacionalidades, ni siquiera en el caso hipotético de que una de ellas pudiera considerarse predominante, desde el punto de vista de su efectividad, con respecto a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.

7) La definición de «extranjero» a los efectos del proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el Estado de otorgar a ciertas categorías de extranjeros derechos especiales en materia de expulsión, permitiéndoles, en virtud de su derecho interno, que se acojan a un régimen similar o idéntico al de los nacionales. No obstante, toda persona que no posea la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre se considerará extranjera a los efectos del proyecto de artículos y su expulsión de ese territorio quedará sujeta al presente proyecto de artículos.

Artículo 3. Derecho de expulsión

Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de conformidad con el presente proyecto de artículos, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables, en particular las relativas a los derechos humanos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 empieza por enunciar, en su primera frase, el derecho de un Estado a expulsar un extranjero de su territorio. Se trata de un derecho cuya existencia se reconoce sin discusión tanto en la práctica como en la jurisprudencia y en la doctrina. No es una norma exterior la que otorga al Estado el derecho a expulsar; es un derecho inherente del Estado, que se desprende de su soberanía. El derecho de expulsión se ha reconocido en particular en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones[28], así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones

[27] Con respecto a los apátridas, véase el proyecto de artículo 7 *infra*.

[28] Véase, por ejemplo, *Lacoste v. Mexico*, Comisión Mexicana, laudo de 4 de septiembre de 1875, en J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, vol. IV, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1898, págs. 3347 y 3348; *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X (n.º de venta: 60.V.4), pág. 731; *Boffolo*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, ibíd., págs. 528, 529, 531 y 532; *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, ibíd., págs. 600 a 609, en particular pág. 608 (Ralston, árbitro); *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, ibíd., vol. IX (n.º de venta: 1959.V.5), págs. 323 a 325, en particular pág. 325 (Filtz, árbitro); y *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), págs. 92 a 113.

regionales[29]. Además está consagrado en el derecho interno de la mayoría de los Estados.

2) La segunda frase del proyecto de artículo 3 recuerda que el ejercicio de este derecho de expulsión está regulado en el presente proyecto de artículos sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables. La referencia a «otras» normas de derecho internacional aplicables no significa que el proyecto de artículos refleje, en conjunto, el derecho internacional vigente entendido como el derecho convencional. Este constituye tanto una labor de codificación del derecho internacional como un ejercicio de desarrollo progresivo de ese derecho. Algunas de las normas que en él se enuncian están consagradas en determinados regímenes convencionales o firmemente establecidas en el derecho internacional consuetudinario, mientras que otras pertenecen a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. Además, la mención expresa de los derechos humanos se justifica por la importancia que reviste su respeto en el contexto de la expulsión, importancia de la que también son muestra las numerosas disposiciones del proyecto de artículos dedicadas a diversos aspectos de la protección de los derechos humanos de los extranjeros objeto de expulsión. Entre las «demás normas de derecho internacional aplicables» a las que está sujeto el ejercicio por un Estado de su derecho de expulsar a extranjeros y que no son objeto de disposiciones específicas del proyecto de artículos, cabe mencionar en particular ciertas limitaciones clásicas derivadas de las normas en materia de extranjería, en particular la prohibición de la arbitrariedad, el abuso del derecho y la denegación de justicia. Entre las demás normas aplicables figuran también las normas de los instrumentos de derechos humanos relativas a la suspensión de ciertas disposiciones en situaciones excepcionales. Cabe señalar a este respecto que la mayoría de las obligaciones del Estado en virtud de esos instrumentos no tienen un carácter absoluto y que se prevén excepciones en determinadas situaciones de emergencia, por ejemplo, cuando exista una situación de emergencia pública que amenace la vida de la nación. Así pues, el proyecto de artículo 3 preserva la posibilidad de que el Estado adopte medidas para suspender ciertos requisitos del presente proyecto de artículos cuando la situación lo exija, siempre que esas medidas sean compatibles con las demás obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.

Artículo 4. Obligación de conformidad con la ley

Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 enuncia una condición fundamental a la que está sujeto el ejercicio por un Estado de su derecho de expulsar a extranjeros de su territorio. La condición es la adopción por el Estado expulsor de una resolución en ese sentido conforme a la ley.

2) La exigencia de que la adopción de una resolución de expulsión se haga conforme a la ley tiene, ante todo, el efecto de prohibir que un Estado tenga comportamientos destinados a compeler a un extranjero a abandonar su territorio sin notificarle ninguna resolución formal en ese sentido. La prohibición de cualquier forma de expulsión encubierta figura en el proyecto de artículo 10, párrafo 1.

3) La exigencia de conformidad con la ley se desprende, de manera lógica, del hecho de que la expulsión tenga que ejercerse en el marco del derecho. La prerrogativa del Estado de reglamentar las condiciones de expulsión en su territorio dentro de los límites del derecho internacional conlleva la obligación de cumplir las normas que ha dictado o suscrito en la materia[30]. No es de extrañarse, entonces, que haya amplia convergencia entre las legislaciones nacionales en el requisito mínimo de que el procedimiento de expulsión se ajuste a lo dispuesto por la ley[31]. Por lo demás, esta exigencia está bien establecida en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto universal como regional. En el ámbito universal, figura en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[32] (en lo que respecta a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado expulsor), en el artículo 22, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[33], así como en el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[34], y el artículo 31, párrafo 2, de

[29] Con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase en particular el caso *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda n.º 12313/86, párr. 43, serie A n.º 193. Véase asimismo *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, demandas n.os 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, párr. 102, serie A n.º 215; *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda n.º 22414/93, párr. 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda n.º 25964/94, párr. 38, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI; *Bouchelkia v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, demanda n.º 23078/93, párr. 48, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; y *H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda n.º 24573/94, párr. 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III. En lo que se refiere a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, véase en particular: comunicación n.º 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme v. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998, párr. 20 (R. Murray y M. Evans (eds.), *Documents of the African Commission on Human and People's Rights*, Oxford y Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001, págs. 615 y ss., en particular pág. 617; disponible también en www.achpr.org, *Communications*).

[30] Hay dos máximas de derecho romano aplicables a este caso. En relación con las normas dictadas por el Estado, «*Patere legem/regulam quam fecisti*», y, en lo que respecta al derecho internacional, «*Pacta sunt servanda*».

[31] Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 14 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa, el párrafo 2 del artículo 58 de la Constitución de Hungría, el párrafo 5 del artículo 23 de la Constitución de la República Eslovaca o el párrafo 4 del artículo 9 de la Constitución de Finlandia.

[32] Esta disposición dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley […]».

[33] Esta disposición dice lo siguiente: «Los trabajadores migratorios y sus familiares solo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley».

[34] Esta disposición indica en particular que la expulsión de un refugiado que se halle legalmente en el territorio de un Estado Contratante «únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes […]».

la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[35]. En el ámbito regional, conviene mencionar el artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[36], el artículo 22, párrafo 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica»[37], el artículo 1, párrafo 1, del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)[38], así como el artículo 26, párrafo 2, de la Carta Árabe de Derechos Humanos[39], en que se establece la misma exigencia en lo que respecta a los extranjeros legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor.

4) La exigencia de conformidad con la ley debe aplicarse a toda decisión de expulsión, independientemente de si la presencia del extranjero en cuestión en el territorio del Estado expulsor es legal o no. Sin embargo, se entiende que las legislaciones nacionales pueden prever normas y procedimientos diferentes en materia de expulsión, en función del carácter legal o ilegal de esa presencia[40].

5) La exigencia de conformidad con la ley tiene un alcance absolutamente general, en el sentido que se aplica tanto a las condiciones formales como a las condiciones materiales de la expulsión[41]. Por consiguiente, su ámbito de aplicación es más amplio que el de la exigencia análoga enunciada en el proyecto de artículo 5, párrafo 2, a propósito de los motivos de expulsión.

6) En su fallo de 30 de noviembre de 2010 en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. la República Democrática del Congo)*, la Corte Internacional de Justicia confirmó la exigencia de conformidad con la ley, como condición de licitud de una expulsión con arreglo al derecho internacional. Refiriéndose, en este contexto, al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 12, párrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte observó lo siguiente:

> De los propios términos de las dos disposiciones citadas se desprende que la expulsión de un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en esos instrumentos solo puede ser compatible con las obligaciones internacionales de ese Estado si se decide conforme a «la ley», es decir, al derecho nacional aplicable en la materia. En este caso, el respeto del derecho interno condiciona, en cierta medida, el respeto del derecho internacional[42].

7) Si bien la exigencia de conformidad con la ley es condición de licitud de toda medida de expulsión en virtud del derecho internacional, cabe preguntarse cuál es el alcance de la potestad de control, por un órgano internacional, del respeto de las normas de derecho interno en un contexto como el de la expulsión. Cabe prever que un órgano internacional actúe con cierta cautela a este respecto. A título de ejemplo se puede mencionar la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos con respecto a la expulsión por Suecia, en 1977, de una refugiada política griega sospechosa de ser una terrorista. Esta persona adujo ante el Comité que la resolución de expulsión no había sido adoptada «conforme a la ley» y que, por ende, no respetaba lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos consideró a este respecto que la interpretación del derecho nacional era una cuestión que correspondía fundamentalmente a la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado parte interesado y que «entre las facultades o funciones del Comité no figura[ba] la de evaluar si las autoridades competentes del Estado parte en cuestión ha[bían] interpretado y aplicado la ley nacional […], a menos que se determin[ara] que las autoridades competentes no ha[bían] interpretado o aplicado la ley de buena fe y result[ara] evidente que ha[bía] habido abuso de poder»[43]. La Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han adoptado un criterio similar en lo que respecta a su potestad de control del respeto por un Estado de su derecho interno en el contexto de la expulsión[44].

---

[35] Esta disposición tiene el mismo tenor, *mutatis mutandis*, que la que se reproduce en la nota anterior en relación con los refugiados.

[36] La disposición dice lo siguiente: «Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, solo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley».

[37] La disposición dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley».

[38] Esta disposición dice lo siguiente: «El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley […]».

[39] Esta disposición dice lo siguiente: «Ningún Estado parte expulsará a una persona que no posea su nacionalidad y se encuentre legalmente en su territorio, a no ser en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley» (Carta Árabe de Derechos Humanos, aprobada por la Cumbre de la Liga de los Estados Árabes en su 16.º período ordinario de sesiones (celebrado en Túnez en mayo de 2004) y que entró en vigor el 15 de marzo de 2008 (véase CHR/NONE/2004/40/Rev.1, o bien *Boston University International Law Journal*, vol. 24, n.º 2 (2006), pág. 147)).

[40] A ese respecto, véase *infra* el párrafo 4 del proyecto de artículo 26.

[41] Véase, en ese sentido, la opinión del Comité Director para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, cuando indica, a propósito del artículo 1, párrafo 1, del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la medida de expulsión debe ser adoptada «por la autoridad competente, de conformidad con las disposiciones del derecho material y las normas de procedimiento aplicables» (Consejo de Europa, *Explanatory report on Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [Informe explicativo del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], Estrasburgo, 1985, pág. 8, párr. 11; véase también http://conventions.coe.int).

[42] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 663, párr. 65. En relación con dos aspectos importantes relativos a las garantías procesales que el derecho congoleño otorga a los extranjeros y que tienen por objeto proteger a los interesados de los riesgos de arbitrariedad, la Corte consideró que la expulsión del Sr. Diallo no se había decidido «conforme a la ley» (pág. 666, párr. 73).

[43] *Anna Maroufidou c. Suecia*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º R.13/58 [58/1979], dictamen aprobado el 9 de abril de 1981, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/36/40), pág. 167, párr. 10.1.

[44] Véanse los asuntos *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (nota 13 *supra*), pág. 663, párr. 65, y *Bozano v. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, demanda n.º 9990/82, párr. 58, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 111: «Allí donde el Convenio [Europeo de Derechos Humanos], como en su artículo 5, remite directamente al derecho interno, el cumplimiento de este forma parte integrante de los compromisos de los Estados contratantes, de suerte que el Tribunal tiene competencia para asegurarse de tal cumplimiento en caso necesario (artículo 19); sin embargo, la amplitud de la tarea que incumbe al Tribunal en la materia encuentra límites en la economía del sistema europeo de protección ya que corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales, en particular los tribunales, interpretar y aplicar este derecho (véase, entre otros, *mutatis mutandis*, la sentencia *Winterwerp*, de 24 de octubre de 1979, serie A n.º 33, pág. 20, párr. 46)».

Artículo 5. Motivos de expulsión

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.

2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.

3. El motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.

4. Un Estado no expulsará a un extranjero por un motivo contrario a sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) La cuestión de los motivos de expulsión abarca varios aspectos relativos a la indicación del motivo de expulsión, la existencia de un motivo válido y la evaluación de ese motivo por las autoridades competentes. En el proyecto de artículo 5 se abordan esos aspectos.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 5 enuncia una condición esencial en derecho internacional, a saber, la motivación de la resolución de expulsión. La obligación del Estado expulsor de indicar los motivos de una expulsión está bien establecida en derecho internacional. Se reconoce que el Estado, si bien tiene soberanía y, por tanto, competencia exclusiva respecto de las condiciones de admisión de los extranjeros en su territorio, no puede privarlos arbitrariamente del derecho de estancia. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional estimó que el acto por el que se impusiere la expulsión debía «ser motivado de hecho y de derecho»[45]. En su fallo sobre el fondo en el asunto *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia constató que la República Democrática del Congo no había cumplido esa obligación de motivación y que, en todo el procedimiento, no había aducido los motivos que hubieran podido servir de «fundamento convincente» para la expulsión del Sr. Diallo; la Corte dedujo de ello que la detención e internamiento del Sr. Diallo con miras a su expulsión eran arbitrarios. A este respecto, la Corte señaló que no podía por menos que:

> constatar que no solo la propia resolución de expulsión no estaba motivada de manera suficientemente precisa […] sino que la República Democrática del Congo nunca estuvo en condiciones, durante todo el procedimiento, de aducir motivos que pudieran constituir un fundamento convincente para la expulsión del Sr. Diallo. […] En vista de ello, la detención e internamiento con objeto de permitir la ejecución de esa medida de expulsión, que no tiene ningún fundamento defendible, solo pueden calificarse de arbitrarios en el sentido del artículo 9, párrafo 1, del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y del artículo 6 de la Carta Africana [de Derechos Humanos y de los Pueblos][46].

En el asunto *Amnesty International v. Zambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que Zambia había vulnerado el derecho del interesado a recibir información al no comunicarle los motivos de su expulsión. Según la Comisión, «el hecho de que no se informara a Banda ni a Chinula de las razones de la medida adoptada contra ellos supone que se les denegara el derecho a recibir información (art. 9, párr. 1))»[47].

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 enuncia la exigencia fundamental de que el motivo de expulsión esté previsto en la ley. La referencia a «la ley» debe entenderse en este caso como una referencia al derecho interno del Estado expulsor. Dicho de otro modo, el derecho internacional supedita la licitud de una resolución de expulsión a la condición de que esa resolución esté fundada en un motivo previsto por el derecho del Estado expulsor. La Comisión considera que esta exigencia se deriva del principio general de conformidad con la ley, enunciado en el proyecto de artículo 4[48]. Sería inútil buscar en el derecho internacional una lista de motivos de expulsión válidos que se apliquen a los extranjeros en general[49], pues esos motivos deben preverse y definirse en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, con la única reserva indicada en el párrafo 4 del proyecto de artículo, a saber, que esos motivos no deben ser contrarios a las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional. A ese respecto, es obvio que las legislaciones nacionales prevén un abanico bastante amplio de motivos de expulsión. Procede señalar que la violación de la legislación nacional en materia de entrada y estancia (derecho migratorio) es el motivo de expulsión más común. Ese motivo, previsto en muchas legislaciones nacionales, es admisible con arreglo al derecho internacional; dicho de otro modo, el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede constituir en sí misma un motivo de expulsión suficiente. Además, la seguridad nacional y el orden público también son motivos frecuentemente invocados para justificar la expulsión.

4) En el párrafo 3 se enuncian los criterios generales de evaluación, por el Estado expulsor, del motivo de expulsión. Esta evaluación debe efectuarse de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias. La gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión y el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar se mencionan entre los factores que el Estado expulsor debe tener en cuenta, cuando proceda. El criterio del «carácter actual de la amenaza» mencionado al final del párrafo, reviste particular pertinencia cuando el motivo de expulsión consiste en un atentado contra la seguridad nacional o el orden público.

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 5 tiene por único objeto recordar la prohibición de expulsar a un

---

[45] *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, adoptadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30, H. Wehberg (ed.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Basilea, Éditions juridiques et sociologiques, 1957, págs. 51 y ss., en particular pág. 56. Véase también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), págs. 218 y ss., en particular pág. 225 (disponible en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org).

[46] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 669, párr. 82.

[47] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Amnesty International v. Zambia*, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999, párrs. 32 y 33 (Murray y Evans (eds.) (nota 29 *supra*), pág. 749).

[48] Véase, *supra*, el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 4.

[49] Véanse *infra*, sin embargo, el proyecto de artículo 6, apartado *a*, y el proyecto de artículo 7, en los que se limitan los motivos de expulsión de los refugiados y los apátridas a las «razones de seguridad nacional o de orden público», retomando así las normas que figuran en los instrumentos convencionales pertinentes.

extranjero por un motivo contrario a las obligaciones que incumben al Estado expulsor en virtud del derecho internacional. Esta prohibición se aplicaría en particular a una expulsión basada en un motivo discriminatorio en el sentido del proyecto de artículo 14, *infra*[50]. Debe especificarse que la expresión «a sus obligaciones en virtud del derecho internacional» no significa que el Estado pueda interpretar de manera restrictiva esas obligaciones para sustraerse a otras obligaciones de derecho internacional que le sean exigibles.

Segunda parte

CASOS DE EXPULSIONES PROHIBIDAS

Artículo 6. Normas relativas a la expulsión de refugiados

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los refugiados, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados y, en particular, de las siguientes normas:

***a*) un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público;**

***b*) un Estado no expulsará o devolverá, en modo alguno, a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 se refiere a la expulsión de refugiados, la cual está sujeta a condiciones restrictivas en virtud de las normas de derecho internacional pertinentes. Enuncia una cláusula «sin perjuicio» encaminada a salvaguardar la aplicación a los refugiados de las normas relativas a su expulsión, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados. En particular, los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 6 recuerdan dos normas relativas a la expulsión o devolución de los refugiados de especial importancia.

2) El término «refugiado» debe entenderse no solo a la luz de la definición general que figura en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, complementada por el artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, que elimina las restricciones geográficas y temporales que acompañaban la definición de 1951, sino también teniendo en cuenta la evolución ulterior en esta materia, incluida la práctica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)[51]. A este respecto, cabe mencionar en particular la definición más amplia del término «refugiado» que recoge la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969.

3) La expresión «normas del derecho internacional relativas a los refugiados» debe interpretarse como una referencia a todas las normas convencionales relativas a los refugiados en los ámbitos universal, regional y subregional, así como a las normas consuetudinarias pertinentes; el proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de dichas normas. El proyecto de artículo 6 hace referencia, en particular, a la cláusula de exclusión que figura en el artículo 1, apartado F, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[52] y las normas relativas a los requisitos de procedimiento aplicables a la expulsión de un refugiado como las que figuran, en particular, en el artículo 32, párrafo 2, de dicha Convención[53]. El proyecto de artículo también se refiere a las disposiciones del artículo 32, párrafo 3, de la Convención[54], que exige al Estado expulsor que conceda al refugiado o el apátrida un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país y reserva asimismo a ese Estado el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interno que estime necesarias.

4) Lo que es más, el proyecto de artículo 6 añade que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de cualquier norma y práctica más favorable en materia de

[50] Sobre la licitud de los motivos de expulsión a tenor del derecho internacional, véanse asimismo, *infra*, el proyecto de artículo 11 (Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes) y el proyecto de artículo 12 (Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso).

[51] Véase ACNUR, *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, reed., Ginebra, 2011 (HCR/1P/4/Spa/Rev.3), cuyo párrafo 28 dice lo siguiente: «Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado».

[52] Esta disposición dice así: «Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

[53] Esta disposición dice así: «La expulsión del refugiado [es decir, un refugiado que se halle legalmente en el territorio del Estado expulsor] únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente».

[54] Esa disposición establece lo siguiente: «Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado [es decir, un refugiado "que se halle legalmente en el territorio de tales Estados"] un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias».

protección de refugiados. Además de las normas de derecho internacional, las prácticas nacionales en la materia son de especial relevancia en la medida en que pueden ser la fuente de derechos importantes en favor de los refugiados. Se trata, en particular, de normas pertinentes del derecho interno del Estado expulsor, en tanto en cuanto no sean incompatibles con sus obligaciones internacionales, así como de declaraciones del Estado expulsor en el marco de la aplicación de sus obligaciones convencionales.

5) El apartado *a* del proyecto de artículo 6 reproduce el tenor del artículo 32, párrafo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951. La norma en él enunciada, que se aplica únicamente a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio del Estado expulsor, limita los motivos de expulsión de dichos refugiados a los que atañen a razones de seguridad nacional u orden público.

6) La prohibición de la expulsión de un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor por razones distintas de la seguridad nacional o el orden público también se ha hecho extensible a todo refugiado que se halle ilegalmente en el territorio del Estado y haya pedido que se le reconozca la condición de refugiado, durante el proceso de examen de su solicitud. No obstante, esa protección se aplica únicamente mientras se esté examinando esa solicitud. Esa excepción, que refleja una tendencia doctrinal[55] y se sustenta en la práctica de ciertos Estados[56] y del ACNUR[57], constituiría una desviación del principio según el cual el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio de un Estado puede justificar de por sí la expulsión de dicho extranjero. Esta no se descartaría en caso de que la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado tuviera el objetivo manifiesto de dejar sin efecto la resolución de expulsión que pudiera dictarse contra el interesado. Esa excepción solo se refiere a las personas que, aunque no gozan de la condición de refugiado en el Estado de que se trata, corresponden a la definición de «refugiado» en el sentido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o, en su caso, otros instrumentos pertinentes, como la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África, de 1969, y, por consiguiente, deben ser reconocidas como refugiados en virtud del derecho internacional. Toda persona que no corresponda a la definición de refugiado en el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes está excluida de la protección que se reconoce en el proyecto de artículo 6 y puede ser expulsada por motivos distintos de los previstos en el apartado *a* de dicho artículo, por el solo hecho de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea ilegal. En todo caso, el proyecto de artículo 6 debe entenderse sin perjuicio del derecho del Estado a expulsar, por razones distintas de las indicadas en el apartado *a*, al extranjero que haya presentado una solicitud manifiestamente abusiva con el fin de obtener la condición de refugiado.

7) El proyecto de artículo 6, apartado *b*), relativo a la obligación de no devolución, combina los párrafos 1 y 2 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. A diferencia de las demás disposiciones del presente proyecto de artículos, que no contemplan el supuesto de la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado[58], el proyecto de artículo 6, apartado *b*, dispone que el proyecto de artículos se entiende también sin perjuicio de esa situación, como lo muestra la primera parte de la frase introductoria: «Un Estado no podrá, en modo alguno, expulsar o devolver […]». Además, contrariamente a la protección enunciada en el apartado *a*, la mencionada en el apartado *b* se aplica a todos los refugiados, independientemente de que su presencia en el Estado de acogida sea legal o ilegal. Conviene asimismo subrayar que la obligación específica de no devolución que ampara a los refugiados se enuncia sin perjuicio de que se les apliquen las normas generales que prohíben la expulsión hacia determinados Estados, enunciadas en los proyectos de artículo 23 y 24.

Artículo 7. Normas relativas a la expulsión de apátridas

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los apátridas, y en particular de la norma según la cual un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Comentario

1) Al igual que los refugiados, los apátridas gozan, en virtud de las normas pertinentes de derecho internacional, de un régimen favorable que somete su expulsión a condiciones restrictivas. En el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, se califica de apátrida a «toda persona que no

[55] Véase, en particular, ACNUR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Complementary Forms of Protection*, 4 de septiembre de 2001, EC/GC/01/18, disponible en: www.refworld.org/docid/3bfa84345.html, párr. 11 *g*; véase también E. Lauterpacht y D. Bethlehem, "The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion", en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pág. 87.

[56] A este respecto, la práctica francesa es muy interesante. Así, a diferencia de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que simplemente prohíbe a los Estados Contratantes que, por expulsión o devolución, pongan «en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre» (art. 33), el párrafo 4 del preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946, al que se remite la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958, implica, según el Consejo Constitucional francés, «que, de manera general, debe permitirse que el extranjero que reclama ese derecho permanezca provisionalmente en el territorio hasta que se dé respuesta a su petición» (Consejo Constitucional, decisión n.º 93-325 DC de 13 de agosto de 1993, *Journal officiel*, 18 de agosto de 1993, págs. 11722 y ss.). Esta solución se inspira directamente en la adoptada por la Asamblea del Consejo de Estado francés que, en dos ocasiones, ha reconocido la conveniencia de que se permita que un solicitante de asilo que reclama el estatuto de refugiado permanezca provisionalmente en territorio francés hasta que la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y los Apátridas o, en su caso, la Comisión de Recursos de los Refugiados se hayan pronunciado sobre su solicitud (véase R. Abraham, «La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1991, 2 espèces: 1) *M. Nkodia (Alfonso)*; 2) *Préfet de l'Hérault c/ M. Dakoury*», *Revue française de droit administratif*, vol. 8, n.º 1 (enero-febrero de 1992), págs. 90 a 103).

[57] Véase la nota 51 *supra*.

[58] Véase, *supra*, el proyecto de artículo 2, apartado *a*, *in fine*.

sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación»[59].

2) El proyecto de artículo 7 enuncia una cláusula «sin perjuicio» encaminada a salvaguardar la aplicación a los apátridas de las normas relativas a su expulsión. Se trata, en particular, de las normas relativas a los requisitos de procedimiento aplicables a la expulsión de un apátrida, que figuran en el artículo 31, párrafo 2 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas[60]. El proyecto de artículo también se refiere a las disposiciones del artículo 31, párrafo 3, de la Convención[61], que exige al Estado expulsor que conceda al apátrida un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país y reserva asimismo a ese Estado el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estime necesarias.

3) Como en el caso del apartado *a* del proyecto de artículo 6 sobre los refugiados, el proyecto de artículo 7 reproduce el tenor del artículo 31, párrafo 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. También en este caso la limitación de los motivos de expulsión se refiere únicamente a los apátridas legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor.

4) El proyecto de artículo 7 no contiene una disposición análoga al apartado *b* del proyecto de artículo 6 sobre los refugiados relativa a la obligación de no devolución. Los apátridas, al igual que cualquier otro extranjero objeto de una expulsión, gozan de la protección que se reconoce a los extranjeros en general en los proyectos de artículo 23 y 24 *infra*.

[59] Esta disposición dice lo siguiente:

«*Artículo 1 – Definición del término "apátrida"*

1. A los efectos de la presente Convención, el término "apátrida" designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.

2. Esta Convención no se aplicará:

i) A las personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia;

ii) A las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país;

iii) A las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para considerar:

a) Que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definido en los instrumentos internacionales referentes a dichos delitos;

b) Que han cometido un delito grave de índole no política fuera del país de su residencia, antes de su admisión en dicho país;

c) Que son culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.»

[60] Esta disposición dice así: «La expulsión del apátrida [es decir, un apátrida que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor] únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al apátrida presentar pruebas en su descargo, interponer recursos y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente».

[61] Esta disposición dice así: «Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al apátrida [es decir, un apátrida "que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados"] un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias».

Artículo 8. Privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión

Un Estado no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 se refiere al supuesto en que un Estado priva a uno de sus nacionales de su nacionalidad, convirtiéndolo así en extranjero, con el único fin de expulsarlo. Tal privación de la nacionalidad, en la medida en que no tenga otra justificación que la voluntad del Estado de expulsar a la persona en cuestión, sería abusiva, e incluso arbitraria, en el sentido del artículo 15, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos[62]. Esa es la razón por la cual el proyecto de artículo 8 enuncia la prohibición de la privación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión.

2) Sin duda, habría sido más sencillo decir, por ejemplo, que «[u]n Estado no privará a su nacional de su nacionalidad con el único fin de expulsarlo». La Comisión prefirió el enunciado actual, en que las palabras «no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad», aparte de permitir establecer una conexión entre el supuesto examinado y la cuestión de la expulsión de extranjeros, desempeñan una función explicativa: describen cómo el nacional de un Estado puede convertirse en extranjero en ese Estado por la privación de su nacionalidad cuando el único fin del Estado en cuestión es expulsar a la persona de que se trata.

3) No obstante, conviene aclarar que el proyecto de artículo 8 no pretende limitar la aplicación de la legislación en materia de concesión o pérdida de la nacionalidad; por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que afecta al derecho de un Estado a privar a una persona de su nacionalidad por un motivo contemplado en la legislación de ese Estado. De igual modo, el proyecto de artículo 8 no se refiere a las situaciones en que una persona renuncia voluntariamente a su nacionalidad.

4) Por otra parte, el proyecto de artículo 8 no aborda la cuestión de la expulsión por un Estado de sus propios nacionales, que queda fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, el cual se refiere únicamente a la expulsión de extranjeros.

Artículo 9. Prohibición de la expulsión colectiva

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.

[62] Resolución 217(III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». Véase también el artículo 20, párrafo 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.»), así como el artículo 29, párrafo 1, de la Carta Árabe de Derechos Humanos (nota 39 *supra*): «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y a nadie se privará arbitrariamente o ilegalmente de su nacionalidad».

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 incluye en su párrafo 1 una definición de la expulsión colectiva a los efectos del presente proyecto de artículos. Según esta definición, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros «como grupo». Ese enunciado se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[63]. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos de los no ciudadanos, el Sr. David Weissbrodt, también hizo suyo este criterio en su informe final de 2003[64]. Esta definición aborda únicamente el elemento «colectivo» y debe interpretarse a la luz de la definición general de expulsión que figura en el proyecto de artículo 2, apartado *a*.

2) El párrafo 2 del proyecto de artículo 9 enuncia la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. Esta prohibición figura expresamente en varios tratados internacionales de derechos humanos. En el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares prohíbe expresamente la expulsión colectiva de dichas personas y establece en el párrafo 1 de su artículo 22 que «[l]os trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente». En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su artículo 22, párrafo 9, que «[e]s prohibida la expulsión colectiva de extranjeros». El Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 4 que «[q]uedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». Del mismo modo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone, en el párrafo 5 de su artículo 12, que «[l]a expulsión masiva de extranjeros estará prohibida» y define, en la misma disposición, esa forma de expulsión como «aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso». Por último, la Carta Árabe de Derechos Humanos[65] estipula en su artículo 26, párrafo 2 *in fine*, que «se prohíbe la expulsión colectiva en todos los casos».

3) El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no prohíbe expresamente la expulsión colectiva. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha expresado la opinión de que una expulsión de ese género sería contraria a las garantías procesales a que tiene derecho el extranjero objeto de expulsión. En su Observación general n.º 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, el Comité declaró lo siguiente:

> El artículo 13 regula directamente solo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley», su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. *Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa**. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos

---

[63] Véase el asunto *Vedran Andric v. Sweden*, decisión sobre la admisibilidad de la demanda n.º 45917/99, de 23 de febrero de 1999, párr. 1: «el Tribunal decide que ha de entenderse la expulsión colectiva como toda medida encaminada a obligar a los extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que esa medida se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo. Además, el hecho de que un cierto número de extranjeros resulte afectado por decisiones semejantes no lleva a concluir que haya una expulsión colectiva cuando cada persona interesada ha tenido la oportunidad de plantear los argumentos para objetar su expulsión a las autoridades competentes en forma individual […]». Véase también el asunto *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), de 5 de febrero de 2002, demanda n.º 51564/99, párr. 59, ECHR 2002-I: «el Tribunal reiteró su jurisprudencia en cuya virtud la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo n.º 4 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en los que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo (véase *Andric*, decisión antes citada)». Véase asimismo el asunto *Georgia v. Russia (I)*, sentencia (sobre el fondo), 3 de julio de 2014, demanda n.º 13255/07, párr. 167: «El Tribunal reitera su jurisprudencia en cuya virtud "la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo n.º 4, ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en los que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo" (véase *Čonka*, citado anteriormente, párr. 59). Posteriormente, el Tribunal ha especificado que "el hecho de que una serie de extranjeros sean objeto de decisiones similares no lleva, en sí mismo, a la conclusión de que se trata de una expulsión colectiva, si a cada uno de los interesados, de manera individual, se le ha dado la oportunidad de formular argumentos contra su expulsión ante las autoridades competentes" (véase, entre otros, *Sultani* [*v. France*, sentencia, 20 de septiembre de 2007, demanda n.º 45223/05, ECHR 2007-IV (extractos)], párr. 81, y *Hirsi Jamaa and Others* [*v. Italy* [GC], sentencia, 23 de febrero de 2012, demanda n.º 27765/09, ECHR 2012], párr. 184). Ello no significa, no obstante, que si ha habido un examen razonable y objetivo del caso concreto de cada persona, "los antecedentes de la ejecución de las órdenes de expulsión ya no desempeñen papel alguno a la hora de determinar si se ha respetado el artículo 4 del Protocolo n.º 4" (véase *Čonka*, citado anteriormente, [párr. 59])».

[64] En dicho informe el Relator Especial decía lo siguiente: «Cualquier medida que obligue a no ciudadanos, como grupo, a salir de un país queda prohibida excepto cuando se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada no ciudadano perteneciente al grupo» («Los derechos de los no ciudadanos», informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, la decisión 2000/104 de la Comisión y la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social (E/CN.4/Sub.2/2003/23 [y Add.1 a 4]), 26 de mayo de 2003, párr. 11 (en el que se cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka v. Belgium* (véase la nota 63 *supra*)). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos habla de «un examen razonable y objetivo». Esa expresión no se ha reproducido en la versión final del proyecto de artículo 9 a fin de poner la expulsión conjunta de más de un extranjero bajo el régimen de derecho común de la expulsión establecido por el presente proyecto de artículos.

[65] Véase la nota 39 *supra*.

en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional». En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros[66].

4) La prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros enunciada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 debe leerse a la luz del párrafo 3, que la aclara especificando las condiciones en que se puede expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros sin que se considere que dicha medida constituye una expulsión colectiva en el sentido del proyecto de artículos. El párrafo 3 indica que tal medida de expulsión es admisible a condición de que se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo *de conformidad con el presente proyecto de artículos*. Esta última indicación se refiere en particular al párrafo 3 del proyecto de artículo 5 que dispone que el motivo de expulsión sea evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar[67].

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 9 es una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» concerniente a los casos de conflicto armado. Dicha cláusula, que se refiere, de una manera general, a las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor, tiene por objeto evitar cualquier incompatibilidad entre los derechos y obligaciones del Estado enunciados en el presente proyecto de artículos y los previstos en el derecho internacional humanitario.

Artículo 10. Prohibición de la expulsión encubierta

1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 tiene por objeto establecer que un Estado no tiene derecho a utilizar técnicas o medios encubiertos o subrepticios para lograr el mismo resultado que podría conseguir con la adopción de una decisión de expulsión, es decir, compeler a un extranjero a abandonar su territorio. En la doctrina anglófona[68] se emplea a menudo la expresión *constructive expulsion* para designar modalidades de expulsión distintas de la adopción de una decisión en ese sentido. No obstante, la Comisión consideró que era difícil encontrar en otros idiomas, en particular en francés, un equivalente satisfactorio de la expresión *constructive expulsion*; además, esa expresión podía transmitir una connotación positiva no deseada. Por consiguiente, la Comisión eligió, en este contexto, la expresión «expulsión encubierta».

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 10 enuncia la prohibición de toda forma de expulsión encubierta, expresando así que dicho procedimiento está prohibido por el derecho internacional en todas sus formas o modalidades. Ello se debe a que, por su naturaleza, una expulsión encubierta vulnera los derechos del extranjero en cuestión, incluidos los derechos procesales enunciados en la cuarta parte del proyecto de artículos.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 10 contiene una definición de expulsión encubierta que se centra en su singularidad. Esta radica en que el Estado expulsor, sin tomar una decisión formal de expulsión, adopta un comportamiento con el que pretende lograr, y de hecho logra, el mismo resultado, es decir, la salida forzosa del extranjero de su territorio. Este elemento de subrepción se expresa mediante el adverbio «indirectamente», que califica la salida del extranjero como el resultado del comportamiento del Estado. Las últimas palabras del párrafo 2 pretenden indicar que la noción de «expulsión encubierta» abarca únicamente los supuestos en que la salida forzosa del extranjero es el *resultado deseado* de una acción u omisión atribuible al Estado. La intención del Estado expulsor de provocar la salida del extranjero de su territorio, que es inherente a la definición de expulsión en general, sigue siendo, por lo tanto, un elemento determinante cuando la expulsión se produce de manera encubierta. Además, el párrafo 2 del proyecto de artículo solo concierne a las acciones u omisiones del Estado que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros en una forma no prevista por la ley. La prohibición enunciada no abarca, en particular, los supuestos en que la expulsión es la consecuencia de una decisión adoptada conforme a la ley y motivada, con arreglo al derecho internacional[69].

4) Esta definición de expulsión encubierta, que se basa en los elementos de la «coerción» y la «intención», parece ajustarse a los criterios aplicados al respecto por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que ha examinado varias reclamaciones relativas a situaciones de la misma naturaleza que las previstas en el proyecto de artículo 10. Los dos elementos esenciales de la noción de «expulsión encubierta» que surgen de las decisiones pertinentes de ese tribunal se han resumido de la siguiente manera:

> Esos casos parecerían presuponer al menos: 1) que las circunstancias en el país de residencia son tales que no es razonable suponer que el extranjero tenga una alternativa real, y 2) que detrás de los hechos o

[66] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto), 22 de abril de 1986, párr. 10 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/41/40), anexo VI, pág. 121).

[67] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 5.

[68] Véase, entre otros, R. L. Cove, «State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals», *Fordham International Law Journal*, vol. 11, n.º 4 (1988), págs. 802 a 838.

[69] Véanse en particular los proyectos de artículo 4 y 5, *supra*, relativos a la obligación de conformidad con la ley y a los motivos de expulsión, respectivamente.

actos que llevaron al extranjero a partir existe la intención de expulsarlo y, además, esos actos son atribuibles al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad del Estado[70].

5) El enfoque adoptado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía parece ir en el mismo sentido. Esta Comisión examinó la reclamación en que Etiopía acusaba a Eritrea de ser responsable de expulsiones «indirectas» o «implícitas» de etíopes, contraviniendo el derecho internacional. La Comisión de Reclamaciones desestimó algunas reclamaciones tras constatar que los etíopes en cuestión no habían sido expulsados por el Gobierno de Eritrea ni empujados a marcharse a causa de las políticas gubernamentales, sino que habían abandonado el país por otras razones, como factores económicos o trastornos relacionados con la guerra, de los que Eritrea no era responsable. La Comisión de Reclamaciones señaló que la voluntariedad parecía haber predominado en esas situaciones[71].

Al examinar los casos de expulsión ulteriores, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, fundándose en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, subrayó que en materia de expulsión implícita el umbral jurídico de la responsabilidad era elevado. La Comisión de Reclamaciones concluyó que Etiopía no había aportado la prueba de que ese umbral se hubiera alcanzado, constatando lo siguiente:

> 126. Etiopía también sostuvo que quienes salieron entre mayo y diciembre de 2000 eran víctimas de expulsión indirecta o implícita ilegal. En líneas generales, las partes expresaron opiniones ampliamente coincidentes acerca del derecho aplicable en esta materia. Ambas citaron la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que establece un umbral elevado para la responsabilidad en materia de expulsión implícita. Según los pronunciamientos de ese Tribunal acerca de la expulsión implícita, quienes abandonan un país tienen que haber experimentado condiciones tan atroces o peligrosas que la única solución realista sea salir del país. Esas condiciones deben ser resultado de las acciones o políticas del gobierno anfitrión o serle claramente atribuibles. Por último, las acciones del gobierno deben haber sido adoptadas con la intención de incitar a extranjeros a marcharse[...].
>
> 127. Según los datos reunidos, los hechos no cumplen esos criterios. La situación económica en Eritrea después de la guerra era difícil tanto para etíopes como para eritreos, pero el Gobierno de Eritrea no creó intencionalmente un marasmo económico generalizado para echar a los etíopes. La Comisión constata que el Gobierno de Eritrea adoptó medidas en el verano de 2000 que eran perjudiciales para los intereses económicos de muchos etíopes y que los etíopes eran objeto de la hostilidad de la opinión pública y víctimas de hostigamiento. Sin embargo, muchos etíopes de Eritrea evidentemente estimaron que había otras soluciones distintas de la salida del país y eligieron quedarse o postergar su partida. La Comisión concluye que el conjunto de los datos reunidos no demuestra que se haya alcanzado el elevado umbral jurídico requerido para la prueba de la pretensión de la existencia de expulsión implícita generalizada[72].

6) También conviene incluir entre los comportamientos de un Estado que pueden constituir una expulsión encubierta en el sentido del proyecto de artículo 10 el apoyo o la tolerancia manifestados por ese Estado respecto de actos ilícitos cometidos por particulares a título individual o colectivo[73]. El apoyo o la tolerancia manifestados por un Estado respecto de actos ilícitos cometidos por particulares podían estar comprendidos en la prohibición de la expulsión encubierta si dicho apoyo o dicha tolerancia constituían «una acción o una omisión atribuible a dicho Estado […] que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio». Dicho de otro modo, el apoyo o la tolerancia del Estado expulsor deben evaluarse a la luz del criterio de la intención específica a que se hace referencia en la última parte del párrafo 2. Se entiende que deben establecerse requisitos particularmente estrictos a este respecto cuando se trata de una simple tolerancia que no viene acompañada de acciones positivas de apoyo por el Estado a los actos cometidos por particulares. Los criterios de atribución de un comportamiento a un Estado son los mismos que los establecidos en el capítulo II de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados en 2001[74].

7) El elemento del apoyo o la tolerancia respecto de actos cometidos por particulares puede referirse tanto a actos cometidos por nacionales del Estado en cuestión como a actos cometidos por extranjeros que se encuentran en el territorio de ese Estado. Ese es el sentido de las

---

[70] D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7.ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2010, pág. 470 (observaciones sobre las causas juzgadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos relativas a la expulsión encubierta). En relación con esta jurisprudencia, véase también G. Gaja, «Expulsion of aliens: Some old and new issues in international law», en J. Cardona Llorens (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3 (1999), Castellón, Aranzadi, 2000, págs. 283 a 314, en especial págs. 289 y 290, en que se citan las siguientes decisiones del Tribunal: *Short v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 14 de julio de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1987-III), págs. 76 y ss., en particular págs. 85 y 86; *International Technical Products Corporation v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 19 de agosto de 1985, ibíd., vol. 9 (1985-II), págs. 10 y ss., en particular pág. 18; y *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, laudo de 3 de noviembre de 1987, ibíd., vol. 17 (1987-IV), págs. 135 y ss., en particular págs. 147 y 148. Véanse también P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 262; J. R. Crook, «Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience», AJIL, vol. 83 (1989), págs. 278 a 311, en especial págs. 308 y 309; y Cove (nota 68 *supra*), págs. 802 a 838.

[71] *Partial Award, Civilians Claims-Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 91 a 95, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI (n.º de venta: B.06.V.7), págs. 277 y 278.

[72] Ibíd., págs. 285 y 286; en la nota de pie de página omitida se hace referencia a los siguientes trabajos: C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haya, Nijhoff, 1998, págs. 343 a 365; y G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 464 a 471.

[73] Véase la Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa de la Asociación de Derecho Internacional. La definición del término «expulsión» que figura en dicha Declaración también se aplica en aquellos casos en que la salida forzosa de personas se logra por medios distintos a una decisión formal de las autoridades del Estado. Esta definición, en efecto, incluye los supuestos en que un Estado apoya, instiga o tolera actos cometidos por sus ciudadanos con la intención de provocar la salida de algunas personas de su territorio. Según la Declaración,

> «[…] "expulsión" en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto, o la omisión, de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas;
>
> […] "la omisión" puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior […]».

International Law Association, «Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion», *Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, August 24th to August 30th, 1986*, Londres, 1987, pág. 13.

[74] Véase la nota 22 *supra*.

palabras «sus nacionales u otras personas», que de hecho se refieren a personas tanto físicas como jurídicas.

Artículo 11. Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes

Queda prohibida la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 enuncia la prohibición de las expulsiones confiscatorias, es decir, las que tienen por objetivo privar ilegalmente a un extranjero de sus bienes. La privación ilegal de bienes puede, en efecto, ser el fin inconfesado de la expulsión. «Por ejemplo, "el derecho" de expulsión puede ejercerse […] para expropiar los bienes del extranjero. […] En ese caso, el ejercicio de esa facultad está fuertemente viciado por ese fin último ilegal que se persigue»[75]. Esas expulsiones, a las que algunos Estados han recurrido en el pasado[76], son ilícitas en virtud del derecho internacional actual. Es preciso constatar que estas expulsiones, aparte de estar viciadas por lo que respecta a sus motivos[77], son incompatibles con el principio fundamental enunciado en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General en 1985, según el cual «[n]ingún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos»[78].

2) Por otra parte, una expulsión cuyo único objetivo sea confiscar bienes al extranjero en cuestión pone en entredicho el derecho de propiedad consagrado en diversos tratados de protección de los derechos humanos[79]. Cabe señalar que la prohibición enunciada en el proyecto de artículo 11 no se aplicaría a las situaciones en que la confiscación de bienes sea la sanción que, con arreglo a la ley, se impone a un extranjero por la comisión de una infracción que dé lugar a la confiscación de bienes.

Artículo 12. Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso

Un Estado no recurrirá a la expulsión de un extranjero con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 enuncia en términos generales la prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso. Se ha podido hablar, en este contexto, de «extradición encubierta»[80]. Como indica claramente el texto del proyecto de artículo 12, la prohibición en cuestión solo se aplica mientras el procedimiento de extradición está en curso, es decir, desde el momento en que el Estado en cuyo territorio se encuentra el extranjero recibe de otro Estado una solicitud de extradición de ese extranjero hasta el momento en que las autoridades competentes del primer Estado toman una decisión definitiva y ejecutada sobre la solicitud de extradición. No se aplicaría a las situaciones en que no se hubiera presentado ninguna solicitud de extradición, ni a aquellas en que la solicitud de extradición se hubiera rechazado o resuelto de otra manera.

2) Además, la prohibición enunciada en el proyecto de artículo 12 solo se aplica a las situaciones en que la expulsión tiene por único objetivo eludir un procedimiento de extradición. El término «eludir» presume la intención del Estado expulsor de servirse del procedimiento de expulsión con el solo propósito de sustraerse a las obligaciones que le incumben en el marco de un procedimiento de extradición. Cuando el único objetivo no es eludir un procedimiento de extradición, el Estado expulsor conserva el derecho de expulsar a un extranjero cuando se cumplan las condiciones para ello.

Tercera parte

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS OBJETO DE EXPULSIÓN

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 13. Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

---

[75] G. S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 209.

[76] Véanse, en particular, los ejemplos citados en: F. P. Weber, «Expulsion: genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1)», *Cultures et Conflits*, n.º 23 (1996), págs. 107 a 153; A. Bazin, «Les décrets Beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne», *Questions d'Europe*, n.º 59 (23 de septiembre de 2002); y L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», AJIL, vol. 55 (1961), págs. 545 a 584, en particular pág. 566.

[77] Véase Goodwin-Gill (nota 75 *supra*), págs. 216 y 217, y 307 y 308.

[78] Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, anexo, art. 9.

[79] Véase también el proyecto de artículo 20 *infra*, relativo a la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión.

[80] Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano v. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986 (nota 44 *supra*), párrs. 52 a 60, en especial la conclusión del Tribunal en el párrafo 60 de su sentencia: «En consecuencia, el Tribunal, vistas todas las circunstancias del caso y basándose en una serie de elementos concordantes, llega a la conclusión de que la privación de libertad de que fue objeto el demandante en la noche del 26 al 27 de octubre de 1979 no era "legal", en el sentido del artículo 5, párrafo 1 *f*, ni compatible con el "derecho a la seguridad". Se trataba en realidad de una medida de extradición encubierta, destinada a eludir el pronunciamiento desfavorable que la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges emitió el 15 de mayo de 1979, y no de una "detención cautelar" necesaria en el marco normal de un "procedimiento de expulsión". A este respecto, las conclusiones del presidente del tribunal de primera instancia de París, aunque carentes de la autoridad de cosa juzgada, y del Tribunal Administrativo de Limoges, aun cuando solo tenía que resolver sobre la legalidad del auto de 17 de septiembre de 1979, revisten a juicio del Tribunal una importancia capital; ponen de manifiesto la vigilancia de que hicieron muestra los jueces franceses. Ha habido, pues, violación del artículo 5, párrafo 1, del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]».

Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de artículo 13 enuncia la obligación del Estado expulsor de tratar a todo extranjero objeto de expulsión con humanidad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión. El enunciado de este párrafo está tomado del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la situación de las personas privadas de libertad. La adición al final de las palabras «durante todo el procedimiento de expulsión» tiene por objeto señalar el carácter general de la obligación en cuestión, que abarca todas las etapas del procedimiento que pueden llevar a la adopción de una resolución de expulsión y su ejecución, incluida, en su caso, la imposición al extranjero de medidas de restricción o privación de la libertad.

2) El principio general del respeto de la dignidad de todo extranjero objeto de expulsión reviste una especial importancia, teniendo en cuenta que no es infrecuente que durante el procedimiento de expulsión los extranjeros en cuestión sean sometidos a tratos humillantes que, si bien no constituyen necesariamente tratos crueles, inhumanos o degradantes, atentan no obstante contra la dignidad humana. La expresión «dignidad inherente al ser humano», que se ha tomado del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tiene por objeto indicar que la dignidad a que se hace referencia debe interpretarse como un atributo inherente a todo ser humano.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 13 es un simple recordatorio del derecho de todo extranjero objeto de expulsión a que se respeten sus derechos humanos. La palabra «incluidos», que precede a la referencia a los derechos humanos enunciados en el proyecto de artículos, tiene por objeto indicar que la mención específica de determinados derechos en el proyecto de artículos solo se justifica por su particular pertinencia en el contexto de la expulsión; no debe interpretarse que esta mención implica en modo alguno que es más importante respetar estos derechos que otros derechos humanos que no se mencionan en el proyecto de artículos. Huelga decir que el Estado expulsor debe respetar, con relación al extranjero objeto de expulsión, todas las obligaciones de protección de los derechos humanos que le incumben tanto en virtud de los tratados internacionales en que es parte como en virtud del derecho internacional general. Aclarado este extremo, conviene mencionar en particular, en este contexto, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985[81].

Artículo 14. Prohibición de la discriminación

El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

[81] Véase la nota 78 *supra*.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 versa sobre la obligación de respetar los derechos sin discriminación en el contexto de la expulsión de extranjeros. La obligación de no discriminar está enunciada, con fórmulas que varían, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales[82]. Esta obligación también ha sido reconocida por la jurisprudencia en relación con la expulsión. En particular, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos la reconoció en términos generales en el asunto *Rankin*:

> El demandante que alega haber sido expulsado tiene que demostrar la ilegalidad de la acción del Estado que lo expulsó, o sea que dicha acción fue arbitraria o discriminatoria o que constituyó un incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado en virtud de los tratados[83].

Cabe mencionar asimismo el llamado caso de las *mujeres de Mauricio*, en que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que se había vulnerado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque la legislación en cuestión introducía una discriminación por motivos de sexo al proteger de la expulsión a las esposas de nacionalidad de Mauricio, pero no a los maridos de esa nacionalidad[84].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió el criterio del Comité de Derechos Humanos en el caso de las *mujeres de Mauricio* anteriormente mencionado en su sentencia dictada el 28 de mayo de 1985 en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*[85]. En efecto, el Tribunal declaró, por unanimidad, que cada una de las demandantes había sido víctima de discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: a diferencia de los inmigrantes varones establecidos en el Reino Unido, las demandantes no tenían derecho, en la misma situación, a obtener para sus cónyuges no nacionales permisos de entrada y residencia en el país. Tras señalar que «el avance hacia la igualdad entre los sexos es hoy en día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa», el Tribunal estimó que «una distinción basada en el sexo solo podría considerarse compatible con el Convenio por razones muy poderosas»[86]. También subrayó que el artículo 14

[82] Véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (nota 62 *supra*), el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo n.º 12, o el artículo 28 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

[83] *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, sentencia de 3 de noviembre de 1987 (véase la nota 70 *supra*), pág. 142, párr. 22.

[84] *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio* c. *Mauricio*, observaciones relativas a la Comunicación n.º R 9/35 aprobadas por el Comité el 9 de abril de 1981, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/36/40), anexo XIII, págs. 140 y ss., párr. 9.2.

[85] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, sentencia de 28 de mayo de 1985, serie A n.º 94; Marc Bossuyt señala los pasajes pertinentes de esta sentencia en su comentario del artículo 14 en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999, págs. 482 y 483.

[86] *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* (véase la nota 85 *supra*), párr. 78.

pretendía «impedir la discriminación en el goce de los derechos garantizados por el Convenio en aquellos casos en que existen diversas maneras de cumplir las obligaciones que se derivan de él»[87]. En cambio, el Tribunal consideró que, en ese caso, el hecho de que las normas aplicables afectaran «a menos personas blancas que de otra raza» no era «motivo suficiente para atribuirles carácter racista», ya que no había ninguna «cláusula que estableciera distinciones entre personas o grupos sobre la base de su raza o de su origen étnico»[88].

2) El proyecto de artículo 14 enuncia la obligación del Estado expulsor de respetar los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna. Por cuanto esa obligación se refiere al ejercicio del derecho de expulsión, abarca tanto la decisión de expulsar o no como las modalidades para la toma de la decisión de expulsión y su eventual ejecución.

3) La lista de motivos de discriminación prohibidos contenida en el proyecto de artículo 14 se basa en la que figura en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la adición del motivo del «origen étnico» y de una referencia a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional». La mención expresa del «origen étnico» en el proyecto de artículos se justifica tanto por el carácter incuestionable de la prohibición de la discriminación por ese motivo en el derecho internacional actual como por la particular pertinencia de las cuestiones étnicas en el contexto de la expulsión de extranjeros. La referencia a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional» indica claramente el carácter no exhaustivo de la lista de motivos de discriminación prohibidos que figura en el proyecto de artículo 14.

4) En lo que respecta a la prohibición de toda discriminación por motivos de orientación sexual, sigue habiendo diferencias y en ciertas regiones la práctica varía. En todo caso, existe práctica internacional y jurisprudencia sobre el tema. Conviene señalar que, según la interpretación por el Comité de Derechos Humanos de la referencia al «sexo» en los artículos 2, párrafo 1, y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esta noción incluye la orientación sexual[89].

5) La referencia en el proyecto de artículo a «cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional» permite recoger cualquier desarrollo normativo concerniente a los motivos de discriminación prohibidos que haya tenido lugar con posterioridad a la adopción del Pacto. Por otra parte, también mantiene las posibles excepciones a la obligación de no discriminar por motivos de origen nacional. En particular deja a salvo la posibilidad de que los Estados establezcan entre ellos regímenes jurídicos especiales basados en el principio de la libre circulación de sus nacionales, como el de la Unión Europea[90].

Artículo 15. Personas vulnerables

1. Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad.

2. En particular, en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión, el interés superior del niño será una consideración primordial.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 establece requisitos específicos en lo que respecta a la expulsión de personas vulnerables como los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad o las mujeres embarazadas.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 15 tiene un alcance general. Establece la obligación del Estado expulsor de otorgar a las personas vulnerables objeto de expulsión el trato y la protección apropiados habida cuenta de su vulnerabilidad y sus necesidades especiales. La formulación de la exigencia de que esas personas sean «consideradas como tales» tiene por objeto subrayar la importancia que reviste el reconocimiento previo de su vulnerabilidad por el Estado expulsor, puesto que es precisamente ese reconocimiento el que justificará que se les otorgue un trato y una protección particulares.

3) No es posible enumerar en un proyecto de artículo todas las categorías de personas vulnerables que podrían merecer una protección especial en el marco de un procedimiento de expulsión. Además de las categorías de personas que se mencionan explícitamente, cabe pensar en otras personas como las que sufren una enfermedad incurable o una enfermedad que necesita cuidados especiales que, hipotéticamente, no se pueden dispensar —o resultan difíciles de dispensar— en el posible o los posibles Estados de destino. La adición de las palabras «y otras personas vulnerables» indica claramente que la lista que figura en el párrafo 1 no es exhaustiva.

4) El párrafo 2 del proyecto de artículo 15 se refiere al caso específico de los niños y su enunciado reproduce el del artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño[91]. Si bien no excluye la toma en

[87] Ibíd., párr. 82.

[88] Ibíd., párr. 85.

[89] *Nicholas Toonen c. Australia*, comunicación n.º 488/1992, observaciones aprobadas el 31 de marzo de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/49/40), vol. II, págs. 234 y ss., en particular pág. 243, párr. 8.7. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse, entre otros, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, demanda n.º 33290/96, párr. 28, ECHR 1999-IX; y *E. B. v. France* [GC], sentencia de 22 de enero de 2008, demanda n.º 43546/02, párr. 50.

[90] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó de esta cuestión en el asunto de un nacional de Marruecos que fue expulsado de Bélgica. El Tribunal dijo que, «[e]n lo que se refiere al trato preferente dado a los nacionales de los demás Estados miembros de las comunidades, hay una justificación objetiva y razonable para ello, ya que Bélgica pertenece, junto con esos Estados, a un ordenamiento jurídico especial» (*Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 29 *supra*), párr. 49).

[91] El artículo 3, párrafo 1, dice así: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

consideración de otros factores pertinentes, el párrafo 2 exige que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las decisiones concernientes a los niños que sean objeto de expulsión[92].

Capítulo II

PROTECCIÓN REQUERIDA EN EL ESTADO EXPULSOR

Artículo 16. Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión.

Comentario

El proyecto de artículo 16 recuerda la obligación del Estado expulsor de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión. Este derecho, que, según el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «es inherente a la persona», se proclama, ciertamente de manera diversa, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto de carácter universal[93] como de carácter regional[94].

Artículo 17. Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 recuerda, en el contexto de la expulsión, la prohibición general de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. Se trata de una obligación consagrada en diversos instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional[95]. La obligación de no someter a los extranjeros a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se enuncia asimismo en la resolución 40/144 de la Asamblea General[96]. En su fallo de 30 de noviembre de 2010, dictado en la causa *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia recordó, con respecto a un caso de expulsión, que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes formaba parte del derecho internacional general[97].

2) El proyecto de artículo 17 concierne solamente a la obligación del Estado expulsor mismo de no someter a un extranjero a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En cambio, la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tales tratos o penas se enuncia en el proyecto de artículo 24 *infra*.

3) El proyecto de artículo 17 no aborda la cuestión de en qué medida la prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se aplica también cuando tales tratos son infligidos no por órganos *de iure* o *de facto* del Estado sino por personas o grupos de personas que actúan a título privado. Esa cuestión se ha dejado al criterio de los órganos internacionales de vigilancia o, llegado el caso, los tribunales que hubieran de pronunciarse sobre el alcance exacto de las obligaciones derivadas de un determinado instrumento de protección de los derechos humanos[98].

Artículo 18. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. No interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho.

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 consagra la obligación del Estado expulsor de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. Este derecho es especialmente pertinente en el contexto de la expulsión de extranjeros. En efecto, por el hecho mismo de compeler a un extranjero a abandonar el territorio de un Estado, la expulsión puede afectar a la unidad de la familia de ese extranjero en caso de que, por razones diversas, los miembros de su familia no estén en condiciones de seguirle al Estado de destino. No resulta pues sorprendente comprobar que la legislación y la jurisprudencia de diversos Estados reconocen la necesidad de tener en cuenta las consideraciones familiares como posible factor restrictivo de la expulsión de extranjeros[99].

---

[92] Véase, en particular, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, sentencia de 12 de octubre de 2006, demanda n.º 13178/03, ECHR 2006-XI, párr. 55.

[93] Véanse en particular el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (nota 62 *supra*) y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[94] Véanse el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el artículo 5 de la Carta Árabe de Derechos Humanos (nota 39 *supra*).

[95] Véanse, entre otros, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (nota 62 *supra*), el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 4 del preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 5, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[96] Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (véase la nota 78 *supra*), art. 6.

[97] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), en especial pág. 671, párr. 87. Véase también *infra* el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 24.

[98] Véanse a este respecto las cuestiones mencionadas en el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 24 *infra*.

[99] Véanse, por ejemplo: España, Ley Orgánica n.º 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica n.º 2/2009, de 11 de diciembre de 2009, arts. 57.5 *b* y 64.2 *a*; República Checa, Ley n.º 326, de 30 de noviembre de 1999, relativa a la estancia de los extranjeros y la modificación de ciertas leyes (modificada por la Ley n.º 140, de 3 de abril de 2001, y la Ley n.º 427, de 21 de diciembre de 2010), arts. 9 3); Suecia, Ley de Extranjería (SFS 2002:716) arts. 8:15, 8:13 y 8a:2; y Suiza, Ley Federal de Nacionales Extranjeros

2) El derecho a la vida familiar está recogido tanto en instrumentos universales como en convenciones regionales de protección de los derechos humanos. En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 17 lo siguiente:

> 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, *su familia**, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
>
> 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Asimismo, a tenor del artículo 5, párrafo 1 *b*, de la Declaración de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, los extranjeros gozan del derecho a la «protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia»[100].

3) En el ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone en su artículo 8, párrafo 1, que «[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar […]». La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea retoma *in extenso* esta disposición en su artículo 7. Según el apartado *c* de la sección III del Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento, al pronunciarse sobre la expulsión, los Estados contratantes deberán, entre otras cosas, tener debidamente en cuenta los lazos familiares y la duración de la estancia en su territorio de las personas afectadas. Y si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, partidaria por lo demás de la protección de la familia (véase su artículo 18), no contiene este derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en su artículo 11, párrafo 2, en los mismos términos que el mencionado artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Carta Árabe de Derechos Humanos[101] lo recoge igualmente en su artículo 21.

4) No obstante, la obligación de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión, enunciada en la primera oración del proyecto de artículo 18, no ofrece a ese extranjero una protección absoluta contra la expulsión. En efecto, la segunda oración de ese proyecto de artículo establece que el Estado expulsor no interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho. Esa limitación figura explícitamente en el artículo 17, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 21, párrafo 1, de la Carta Árabe de Derechos Humanos, así como en el artículo 8, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos[102].

5) Las disposiciones del proyecto de artículo 18 se entienden sin perjuicio del régimen de protección de la vida familiar establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En virtud de esa jurisprudencia, el Estado expulsor no interferirá en el ejercicio del derecho a la vida familiar salvo en los casos previstos por la ley y manteniendo un «justo equilibrio» entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión. Esta noción de «justo equilibrio» se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más concretamente, en la condición según la cual una «injerencia» en la vida familiar debe constituir «una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria» en el sentido del párrafo 2 de esa disposición. En el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal estimó que la expulsión del Sr. Moustaquim no cumplía esta condición[103]. Dadas las circunstancias del caso, en particular la larga estancia del Sr. Moustaquim en Bélgica, las relaciones establecidas por sus familiares y allegados con el país así como el intervalo relativamente largo transcurrido entre la última infracción cometida por el Sr. Moustaquim y la resolución de expulsión, el Tribunal llegó a la conclusión de que la medida no era «necesaria en una sociedad democrática», ya que «no se había garantizado un justo equilibrio entre los intereses en juego, y había habido pues una desproporción entre el medio utilizado y el objetivo legítimo que se pretendía alcanzar»[104]. El Tribunal ha examinado en varias otras ocasiones la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular en los asuntos *Nasri c. Francia*[105], *Cruz Varas y otros c. Suecia*[106]

(n.º 142.20), de 16 de diciembre de 2005, art. 3 2) y Capítulo 7: Reunificación Familiar (arts. 42 a 52). Véase también: *Re Ratzlaff*, Tribunal de Casación de Bélgica, 21 de septiembre de 1959, ILR, vol. 47, págs. 263 y 264; *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado de Bélgica, 13 de julio de 1953, ILR, vol. 20, págs. 335 y 336; *K.A. v. State of the Netherlands*, Tribunal de Distrito de La Haya, 12 de julio de 1979, ILR, vol. 74, pág. 444; *Deportation to U. Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Rhineland-Palatinate, 16 de mayo de 1972, ILR, vol. 73, págs. 613 a 617; *In Re Paul B.*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1 de marzo de 1966, ILR, vol. 45, págs. 371 a 376; *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, ILR, vol. 61, págs. 436 a 443; *Expulsion of Alien Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelaciones de Baviera, 12 de enero de 1966, ILR, vol. 57, págs. 313 a 315; *Residence Prohibition Order Case, (1)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, ILR, vol. 61, págs. 431 a 433; *Expulsion of Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo de Apelación, 25 de octubre de 1956, ILR, vol. 23, págs. 393 a 395; *Expulsion of Foreign National (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación del *Land* de Renania del Norte-Westfalia, 16 de mayo de 1961, ILR, vol. 32, págs. 255 a 257; *In re Barahona*, Corte Suprema de Costa Rica, 10 de agosto de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, asunto n.º 138, págs. 386 a 388; *Louie Yuet Sun v. The Queen*, Canadá, Tribunal Superior de Justicia de Ontario, 22 de marzo de 1960, Tribunal Supremo, 28 de noviembre de 1960, ILR, vol. 32, págs. 252 a 255; *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, cuarto circuito, 20 de mayo de 1993, 993 F.2d 1537 (4th Cir. 1993); *Fernandes v. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de noviembre de 1980, ILR, vol. 78, págs. 371 a 378; *Harisiades v. Shaughnessy*, ILR, vol. 19, págs. 345 a 350 (el interesado fue expulsado a pesar de que su esposa e hijos eran nacionales). Véase también el memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párrs. 466 y 467.

[100] Véase la nota 78 *supra*.

[101] Véase la nota 39 *supra*.

[102] Por lo demás, esta exigencia se enuncia, en términos generales, en el proyecto de artículo 4 *supra*.

[103] *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 29 *supra*), párrs. 41 a 46.

[104] Ibíd., párrs. 41 y 46.

[105] *Nasri v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 13 de julio de 1995, demanda n.º 19465/92, en especial el párrafo 46, serie A n.º 320-B.

[106] *Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda n.º 15576/89, en especial los párrafos 88 y 89, serie A n.º 201.

y *Boultif c. Suiza*[107]. En este último asunto, el Tribunal enumeró una lista de criterios que debían aplicarse para determinar si la injerencia en la vida familiar resultante de una expulsión constituía una medida que era «necesaria en una sociedad democrática»[108].

6) El criterio del «justo equilibrio» parece también compatible con el enfoque adoptado por el Comité de Derechos Humanos al examinar la conformidad de una medida de expulsión con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[109].

Artículo 19. Detención del extranjero a efectos de su expulsión

1. *a*) La detención de un extranjero a efectos de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.

***b*) El extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.**

2. *a*) La duración de la detención se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.

***b*) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente.**

3. *a*) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

***b*) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 19 enuncia las obligaciones del Estado expulsor con respecto a la detención de un extranjero a efectos de su expulsión. Esas obligaciones solo se refieren a las situaciones en que la privación de libertad se ordena en el marco de un procedimiento de expulsión y cuyo único objetivo es la expulsión del extranjero. Las normas enunciadas en el proyecto de artículo 19 no conciernen a la detención de extranjeros por motivos distintos de la expulsión, ni siquiera cuando esta sea consecuencia de la comisión de un delito que constituiría un motivo tanto para la privación de libertad como para la expulsión.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 19 enuncia el carácter no arbitrario y no punitivo de la detención a que sea sometido un extranjero con miras a su expulsión[110]. El apartado *a* establece el principio general según el cual esta detención no debe ser arbitraria ni tener carácter punitivo, mientras que el apartado *b* enuncia una de las consecuencias de dicho principio. El apartado *b* dispone en efecto que, salvo en circunstancias excepcionales, un extranjero que esté detenido a efectos de su expulsión debe estar separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad. Esta garantía se reconoce a los procesados, en su condición de personas no condenadas, en el artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Habida cuenta del carácter no punitivo de la detención a efectos de expulsión, la garantía enunciada en el artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto debe concederse con mayor motivo a los extranjeros que sean sometidos a esta forma de detención, como se desprende de la posición expresada por el Comité de Derechos Humanos en sus comentarios sobre el artículo 13 del Pacto, relativo a la expulsión. El Comité señala, en efecto, que si el procedimiento de expulsión entraña detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la

---

[107] *Boultif v. Switzerland*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 2 de agosto de 2001, demanda n.º 54273/00, ECHR 2001-IX.

[108] En términos más generales, en el asunto *Boultif v. Switzerland*, el Tribunal enumeró una lista de criterios que debían aplicarse para determinar si la injerencia en la vida familiar resultante de una expulsión constituía una medida que era «necesaria en una sociedad democrática». Esos criterios se refieren fundamentalmente al carácter y la gravedad de la infracción cometida por el demandante, la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y muchos otros factores relacionados con los vínculos familiares del demandante, en particular sus hijos:

«El Tribunal solo ha resuelto un número limitado de casos en los que el principal obstáculo para la expulsión era que esta crearía dificultades para que los cónyuges permanecieran juntos, en particular si uno de ellos o los hijos se trasladaran a vivir en el país de origen del otro. Por lo tanto, es necesario establecer unos principios rectores para determinar si la medida en cuestión era necesaria en una sociedad democrática. Al evaluar los criterios pertinentes en este tipo de casos, el Tribunal deberá considerar el tipo y la gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que ha cometido el delito y el comportamiento del demandante durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; la situación familiar del demandante, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que la pareja ha vivido verdaderamente en familia; si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que inició la relación de familia, y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos. Además, el Tribunal deberá considerar la gravedad de las dificultades con que pueda tropezar el demandante en su país de origen, aunque el mero hecho de que una persona pueda enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no es motivo suficiente para descartar la expulsión» (*Boultif v. Switzerland* (nota 107 *supra*), párr. 48).

[109] Según el Comité: «La separación de una persona de su familia por medio de su expulsión podría considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y como una violación del artículo 17 si en las circunstancias del caso la separación del autor de su familia y sus efectos sobre él fueran desproporcionados con respecto a los objetivos de su deportación» (comunicación n.º 558/1993, *Giosue Canepa c. el Canadá*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/52/40), vol. II, págs. 116 y ss., en particular pág. 123, párr. 11.4). En un asunto anterior, el Comité había afirmado lo siguiente: «[…] El Comité entiende que la perturbación de las relaciones familiares del Sr. Stewart, que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado» (comunicación n.º 538/1993, *Charles E. Stewart c. el Canadá*, dictamen aprobado el 1 de noviembre de 1996, ibíd., págs. 46 y ss., en particular pág. 59, párr. 12.10).

[110] Véase a este respecto, Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2003/85 [y Add.1 a 3 (y Add.3/Corr.1) y Add.4]), 30 de diciembre de 2002, párr. 43: «La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo».

privación de libertad (arts. 9[111] y 10[112])[113]. La misma exigencia se enuncia en el principio 8 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figura en el anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988. Dicho principio, que abarca asimismo la detención con fines de expulsión, estipula que «[l]as personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas». La Corte Internacional de Justicia también ha reconocido que el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 9, párrafos 1 y 2, del Pacto no se limita a los procedimientos penales sino que «en principio, también se aplican a las medidas privativas de libertad adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo, como las que pueden resultar necesarias para ejecutar una medida de expulsión forzada de un extranjero del territorio nacional»[114].

3) La referencia a las «circunstancias excepcionales» que podrían justificar el incumplimiento de la norma enunciada en el apartado *b* del párrafo 1 está tomada del artículo 10, párrafo 2 *a*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4) La norma enunciada en el apartado *b* del párrafo 1 no exige necesariamente la creación por el Estado expulsor de establecimientos especialmente destinados a la detención de extranjeros a efectos de su expulsión; la detención de esos extranjeros podría tener lugar en un establecimiento en el que se encuentren también detenidas personas condenadas a penas de privación de libertad, a condición de que los extranjeros en cuestión estén instalados en una sección separada de ese establecimiento.

5) Conviene precisar que la garantía mencionada se aplica únicamente a un internamiento que tenga por objeto garantizar la ejecución de una resolución de expulsión; se entiende por tanto sin perjuicio del caso en que el extranjero objeto de expulsión haya sido condenado por un delito penal, incluido el supuesto en que la expulsión pueda haber sido dictada como medida alternativa o adicional a la privación de libertad.

6) La importante cuestión de la duración de la detención, que plantea en la práctica problemas delicados, constituye el objeto del párrafo 2 del proyecto de artículo 19, que consta de dos apartados. El apartado *a* tiene un alcance general y enuncia el principio según el cual la detención de un extranjero a efectos de expulsión está sujeta a limitaciones temporales. Por una parte, debe limitarse al período razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión y, por otra, no debe tener una duración excesiva[115]. Esas exigencias hallan confirmación en la jurisprudencia internacional y en la legislación de diversos Estados y en un gran número de resoluciones judiciales de órganos jurisdiccionales nacionales[116]. El calificativo

[111] El artículo 9 del Pacto dispone lo siguiente: «1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

[112] El artículo 10 del Pacto dispone lo siguiente: «1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. *a*) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; *b*) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica».

[113] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto) (véase la nota 66 *supra*), párr. 9.

[114] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), en especial pág. 668, párr. 77.

[115] La prohibición de toda detención de duración excesiva fue afirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; véase en particular el caso *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), de 15 de noviembre de 1996 (nota 29 *supra*), párr. 113: «El Tribunal recuerda, sin embargo, que solo el desarrollo del procedimiento de expulsión justifica la privación de libertad basada en esta disposición [art. 5, párr. 1 *f*)]. A falta de la diligencia debida en la conducción del proceso, la detención deja de estar justificada a tenor del artículo 5, párrafo 1 *f*). […] Es preciso determinar entonces si la duración del procedimiento de expulsión ha sido excesiva».

Véase asimismo: Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (nota 110 *supra*), párr. 35 («La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva. La privación de libertad no debe ser nunca indefinida») y párr. 75 *g* ([recomendación de] «[v]elar por que la ley fije un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y por que en ningún caso la detención sea indefinida»).

[116] Véanse, por ejemplo: *In re de Souza*, Brasil, Tribunal Federal Supremo, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, asunto n.º 139, págs. 333 y 334; *Zadvydas v. Davis et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 28 de junio de 2001, 533 U.S. 678 (2001), *United States Reports*, vol. 533, pág. 678; *In re Flaumembaum*, Argentina, Cámara Criminal de la Capital, 24 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, asunto n.º 94, págs. 313 a 315 (véase también *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 23 (1941), pág. 773); *Ruling No. 6, Case of the review of the constitutionality of a provision in the second part of article 31 of the USSR Act of 24 July 1981, «On the legal status of aliens in the USSR» in connection with the complaint of Yahya Dashti Gafur*, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, 17 de febrero de 1998; *In re Cantor*, Corte Suprema Federal (Argentina), 6 de abril de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, asunto n.º 143, págs. 392 y 393 (véase también *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 180, 1938, pág. 197); *In re Hely*, Corte Federal y de Casación de Venezuela, 16 de abril de 1941, *Memoria de la Corte Federal y de Casación 1942*, t. I, pág. 419, citado en ILR, vol. 10, pág. 313; *Re Janoczka*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba (Canadá), 4 de agosto de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, asunto n.º 154, págs. 291 y 292; *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito de Massachusetts, 20 de octubre de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, asunto n.º 95, págs. 316 a 318.

«razonablemente necesario», que figura en el apartado *a*, tiene por objeto ofrecer a las autoridades administrativas y, en su caso, a un órgano judicial, un criterio para poder evaluar la necesidad y la duración de la detención de un extranjero a efectos de su expulsión.

7) El apartado *b* del párrafo 2 establece que la prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente. El propósito de la condición del control judicial de las autoridades competentes es evitar posibles abusos por parte de las autoridades administrativas en lo que respecta a la duración de la detención de un extranjero a efectos de su expulsión. El contenido del apartado *b* del párrafo 2 se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[117].

8) El párrafo 3 del proyecto de artículo 19 se inspira en una recomendación formulada por la Relatora Especial sobre los derechos de los trabajadores migrantes[118]. El apartado *a* de ese párrafo enuncia la condición de que la detención de un extranjero a efectos de expulsión se examine a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley. Según los términos mismos del apartado *a*, es la detención como tal, y no la decisión inicial concerniente al internamiento, lo que debe ser objeto de este examen periódico. Esa garantía resulta del carácter no punitivo de la detención de un extranjero a efectos de expulsión.

9) El apartado *b* del párrafo 3 enuncia el principio según el cual debe ponerse fin a la detención a efectos de expulsión cuando esta no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión. La observancia de ese principio se entiende sin perjuicio del derecho del Estado expulsor de aplicar al extranjero objeto de expulsión su legislación penal por los delitos que hubiere cometido. Todo el párrafo debe entenderse a la luz del párrafo 2, lo que significa en particular que, en virtud del apartado *a* del párrafo 2, incluso en caso de que la imposibilidad de ejecutar la expulsión fuese imputable al extranjero en cuestión, la detención de este no podría tener una duración excesiva.

Artículo 20. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión y le permitirá, de conformidad con la ley, disponer de ellos libremente, incluso desde fuera del país.

Comentario

1) El proyecto de artículo 20, que se refiere a la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión, enuncia dos obligaciones que incumben al Estado expulsor. La primera se refiere a la adopción de medidas para proteger los bienes del extranjero en cuestión, mientras que la segunda concierne a la libre disposición por este de sus bienes.

2) El enunciado del proyecto de artículo 20 es lo bastante general para incorporar todas las garantías relativas a la protección de los bienes de un extranjero objeto de expulsión en virtud de los instrumentos jurídicos aplicables en cada caso. Conviene recordar que el artículo 17, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos[119] dispone que «[n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad». En lo que concierne más concretamente a la expulsión, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone en su artículo 22 lo siguiente:

> 6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
>
> […]
>
> 9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

En el ámbito regional, el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone:

> Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 21, relativo al derecho a la propiedad privada, lo siguiente:

> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
>
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
>
> […].

Asimismo, el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Protocolo n.º 1) dispone lo siguiente:

> Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.
>
> Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

---

[117] Véase, en particular, *Shamsa v. Poland*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, demandas n.os 45355/99 y 45357/99, párr. 59. El Tribunal se refirió a «la garantía de *habeas corpus*» que figura en el artículo 5, párr. 4, del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] para «apoyar la idea de que la detención que se prolonga más allá del período inicial previsto en el párrafo 3 requiere la intervención de un "tribunal" como garantía contra la arbitrariedad».

[118] Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos: trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (véase la nota 110 *supra*), párr. 75 *g*. Esta recomendación dice así:

«*g*) […] La decisión de detener a un migrante debería ser objeto de una revisión periódica sobre la base de criterios legislativos claros. Debería ponerse fin a la detención cuando sea imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no puedan imputarse al migrante.»

[119] Véase la nota 62 *supra*.

Por último, el artículo 31 de la Carta Árabe de Derechos Humanos[120] dispone lo siguiente:

> El derecho a la propiedad privada está garantizado a todas las personas y se prohíbe en todos los casos confiscar arbitraria o ilegalmente la totalidad o parte de los bienes de una persona.

3) Cabe considerar que la obligación de proteger los bienes de un extranjero objeto de expulsión implica normalmente que este pueda disponer de una oportunidad razonable de proteger los derechos de propiedad y otros intereses que pueda tener en el Estado expulsor. La negativa a conceder al extranjero esa oportunidad ha dado lugar a reclamaciones internacionales[121]. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional había aprobado una resolución que incluía una disposición según la cual los extranjeros domiciliados, residentes o que tuvieran un establecimiento comercial en el Estado expulsor debían tener la oportunidad de liquidar sus asuntos e intereses:

> La expulsión de extranjeros domiciliados, residentes o que tengan un establecimiento mercantil no deberá decretarse sino de manera que no defraude la confianza que hubieran tenido en las leyes del Estado. Deberá dejarles la libertad para utilizar, bien directamente, a ser posible, o bien por medio de terceros elegidos por ellos, todas las vías legales para liquidar sus asuntos e intereses, tanto activos como pasivos, en el territorio[122].

Más de un siglo después, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró, en el asunto *Rankin*, que una expulsión era ilícita si se privaba al extranjero interesado de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales:

> La aplicación de esta política podría, en términos generales, ser contraria a las restricciones de forma y de fondo impuestas al derecho de un Estado de expulsar a extranjeros de su territorio, según se desprende de las disposiciones del Tratado de Amistad [, Comercio y Derechos Consulares] y del derecho internacional consuetudinario. […] Por ejemplo, […] privando al extranjero de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales antes de su expulsión[123].

Asimismo, refiriéndose más específicamente a los trabajadores migrantes, el párrafo 18 (secc. VI) de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (n.º 86), aprobada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dice así:

> *1*) Cuando un trabajador migrante haya sido regularmente admitido en el territorio de un Miembro, dicho Miembro debería abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados.
>
> *2*) Dicho acuerdo debería prever:
>
> […]
>
> *c*) que el migrante deberá haber recibido una notificación previa a fin de que tenga tiempo suficiente para disponer de sus propiedades;
>
> […][124].

Tales consideraciones se tienen en cuenta en las leyes nacionales, que, en particular, pueden reconocer al extranjero la posibilidad razonable de liquidar cualquier reclamación salarial u otros créditos antes de su salida del país o precisar, llegado el caso, las medidas que deben adoptarse para velar por la protección de los bienes del extranjero durante la detención de este último a la espera de su expulsión[125]. Más en general, la necesidad de proteger los bienes de los extranjeros objeto de expulsión se tiene igualmente en cuenta, en diverso grado y según diversas modalidades, en la legislación de varios Estados[126].

4) Según el proyecto del artículo 20, la libre disposición de los bienes debe garantizarse al extranjero «de conformidad con la ley». Esta precisión no debe interpretarse como una autorización para aplicar las leyes del Estado expulsor que tengan por efecto denegar o limitar arbitrariamente esta libre disposición. Sin embargo, permite tener suficientemente en cuenta el posible interés del Estado expulsor en limitar o prohibir, de conformidad con su propia legislación, la libre disposición de determinados bienes, en particular los adquiridos ilegalmente por el extranjero en cuestión o que sean el producto de actividades delictivas o de otros comportamientos ilícitos. Además, la precisión de que debe permitirse al extranjero disponer libremente de sus bienes «incluso desde fuera del país» pretende tener en cuenta las necesidades específicas de un extranjero que hubiera abandonado ya el territorio del Estado expulsor en razón de una resolución de expulsión adoptada contra él. Este último elemento fue tenido en cuenta por la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 2010 dictado en el asunto *Diallo*, aunque la Corte consideró finalmente que en ese caso los derechos

---

[120] Véase la nota 39 *supra*.

[121] En el asunto *Hollander*, los Estados Unidos solicitaron a Guatemala una indemnización por la expulsión sumaria de uno de sus nacionales y señalaron que el Sr. Hollander «[…] fue literalmente arrojado fuera del país, donde dejó a su mujer e hijos, su negocio, sus bienes, todo lo que más apreciaba y lo que dependía de él. [Los Estados Unidos alegaron que,] con independencia de las facultades que le atribuyan sus leyes, el Gobierno de Guatemala, en tiempo de paz y de tranquilidad interior, no tenía derecho a expulsar a Hollander sin previo aviso y sin darle la oportunidad de tomar medidas en relación con su familia y su negocio por un presunto delito que habría cometido más de tres meses antes […]» (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1906, vol. IV, pág. 107). Véase también la carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un miembro del Congreso, de 15 de diciembre de 1961 [M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), pág. 861] (caso del *Dr. Breger*): «En cuanto a la expulsión del Dr. Breger de la isla de Rodas en 1938, cabe señalar que, en virtud de los principios generales de derecho internacional, un Estado puede expulsar a un extranjero cuando quiera, con tal de que no ejecute la expulsión de manera arbitraria, por ejemplo haciendo uso de una fuerza innecesaria o denegando al extranjero una oportunidad razonable de salvaguardar sus bienes. En vista de la declaración del Dr. Breger, según la cual las autoridades italianas le ordenaron que saliera de la isla de Rodas en un plazo de seis meses, parece dudoso que la responsabilidad internacional del Gobierno italiano pueda fundarse en el motivo de que no se le diera tiempo suficiente para salvaguardar sus bienes» (Harris (nota 70 *supra*), pág. 470).

[122] *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 41, Wehberg (ed.) (nota 45 *supra*), pág. 58; véase también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), pág. 226.

[123] *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, sentencia de 3 de noviembre de 1987 (véase la nota 70 *supra*), pág. 147, párr. 30 *e*. Por lo que respecta al Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre el Irán y los Estados Unidos, firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 284, n.º 4132, pág. 93.

[124] OIT, *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, 1985, pág. 811; disponible en: www.ilo.org, *Normas del trabajo*.

[125] Véase el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 714.

[126] Para una panorámica general, véase ibíd., párr. 481.

propios del Sr. Diallo en su calidad de asociado no habían sido violados por la República Democrática del Congo, puesto que «no se había probado que se hubiera impedido al Sr. Diallo convocar juntas generales desde el extranjero, en calidad de administrador o de socio»[127].

5) Está claro que las normas enunciadas en el proyecto de artículo 20 deben entenderse sin perjuicio del derecho que se reconoce a todo Estado de expropiar o nacionalizar los bienes de un extranjero, de conformidad con las normas aplicables de derecho internacional.

6) La cuestión de los derechos de propiedad de extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado no se aborda específicamente en el proyecto de artículo 20, ya que la Comisión optó, como se dice en el comentario al proyecto de artículo 9, por no tratar los aspectos de la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. Cabe señalar, sin embargo, que la cuestión de los derechos de propiedad en caso de conflicto armado fue objeto de un examen detallado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía[128].

Capítulo III

PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE DESTINO

Artículo 21. Salida hacia el Estado de destino

1. El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión.

2. En caso de ejecución forzosa de la resolución de expulsión, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional.

3. El Estado expulsor concederá al extranjero objeto de expulsión un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias.

Comentario

1) El proyecto de artículo 21 se refiere a la protección que el Estado expulsor debe proporcionar al extranjero objeto de expulsión en relación con su salida hacia el Estado de destino. Este proyecto de artículo abarca tanto el supuesto de una salida voluntaria como el de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión.

2) A tenor del párrafo 1 del proyecto de artículo 21, el Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión[129]. Aun cuando pretenda, en cierta medida, dar precedencia a la solución de una salida voluntaria del extranjero, no puede interpretarse que esta disposición autorice al Estado expulsor a ejercer presiones indebidas sobre el extranjero para que opte por una salida voluntaria antes que por una ejecución forzosa de la resolución de expulsión. Tiene por objeto facilitar la salida voluntaria cuando proceda.

3) El párrafo 2 se refiere al supuesto de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión. Dispone que, en tal caso, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional. A este respecto conviene precisar que la expresión «traslado seguro […] de conformidad con las normas de derecho internacional» se refiere tanto a la exigencia de garantizar la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión y de evitar cualquier uso excesivo de la fuerza contra él, como a la necesidad de garantizar, si es necesario, la seguridad de otras personas distintas del extranjero en cuestión, por ejemplo, los pasajeros de un avión utilizado por ese extranjero para trasladarse al Estado de destino.

4) Esta exigencia de respeto de la persona expulsada resulta implícitamente del laudo arbitral dictado en el asunto *Lacoste*, aunque se falló que el demandante no había sido tratado con dureza:

> Asimismo, Lacoste reclama una indemnización por su detención, su ingreso en prisión, el trato severo y cruel de que fue objeto y su expulsión del país. […] Sin embargo, no parece que la expulsión fuera ejecutada con dureza y, a instancia del propio demandante, se amplió el plazo fijado para su salida del país[130].

Del mismo modo, en el asunto *Boffolo*, el árbitro indicó en términos generales que: «La expulsión […] debe ejecutarse de la manera que resulte menos perjudicial para la persona afectada.»[131] En el asunto *Maal*, el árbitro subrayó el carácter sagrado de la persona y la obligación de ejecutar la expulsión sin indignidad ni perjuicio inútil:

---

[127] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), en especial pág. 681, párr. 121.

[128] Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27-32*, resolución de 17 de diciembre de 2004, párrs. 124 a 129, 133, 135 y 136, 140, 142, 144 a 146, 151 y 152; así como *Ethiopia's Claim 5*, resolución de 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 71 *supra*), párrs. 132 a 135 (Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, págs. 195 a 247 y 249 a 290).

[129] El retorno voluntario del extranjero objeto de expulsión es el que más respeta la dignidad humana y, al mismo tiempo, el de más fácil gestión administrativa. Se trata de un proceso de expulsión en que la ejecución se negocia entre el Estado expulsor y el extranjero afectado por la medida de expulsión. En 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa insistió en este retorno voluntario, al afirmar que «el Estado de acogida deberá adoptar medidas que alienten el retorno voluntario, que es preferible al forzado» (Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, 925.ª Reunión de los Delegados de los Ministros, 4 de mayo de 2005, documentos del Consejo de Ministros, CM(2005)40 final, 9 de mayo de 2005, principio rector 1). En el mismo sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas indicó, en su propuesta de directiva sobre el retorno, de 1 de septiembre de 2005, que la decisión sobre el retorno «establecerá un oportuno plazo para la salida voluntaria de hasta cuatro semanas, a menos que haya razones para creer que la persona concernida pudiera fugarse durante dicho período» (Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM(2005) 391 final, art. 6, párr. 2).

[130] *Lacoste v. Mexico*, Comisión Mexicana, laudo de 4 de septiembre de 1875 (véase la nota 28 *supra*), págs. 3347 y 3348.

[131] *Boffolo*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (véase la nota 28 *supra*), pág. 534 (Ralston, árbitro).

[…] [Si] la exclusión del demandante se hubiera ejecutado sin indignidad ni rigor inútil, el árbitro no tendría otra opción que desestimar su demanda.

[…]

Todas las pruebas indican que era un hombre de bien y que tenía derecho a ser tratado como tal durante el examen de su caso y su expulsión y, con independencia de que se le considere como un hombre de bien o simplemente como un hombre, el derecho al respeto de su persona y a no ser objeto de ofensas a su sensibilidad era uno de sus derechos fundamentales más importantes y uno de los privilegios inestimables de la libertad. Al árbitro se le ha enseñado a considerar a la persona de otro como algo sagrado a cuya integridad no se puede ocasionar ningún menoscabo, por ligero que sea, con ira o sin causa, sin su consentimiento y que, si se comete ese hecho, cabe considerar que constituye una agresión por la que hay que pagar una indemnización de daños y perjuicios proporcional al espíritu y la naturaleza de la agresión y a la calidad del hombre que ha sido víctima de ella[132].

5) Cuando el transporte del extranjero al Estado de destino se efectúe, por ejemplo, por avión, la referencia a las normas de derecho internacional comprenderá asimismo las normas sobre el transporte aéreo, en particular la reglamentación aprobada en el marco de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). A ese respecto, conviene mencionar en especial el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, incluido su Anexo 9. Este último dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

5.2.1 *Durante el período en que un pasajero no admisible, o una persona que va a ser deportada, estén bajo la custodia de funcionarios del Estado, estos deberán preservar la dignidad de dichas personas y no adoptar medidas que puedan violar dicha dignidad.*

6) En los dos supuestos a que se refiere el proyecto de artículo 21 (salida voluntaria del extranjero o ejecución forzosa de la resolución de expulsión), el párrafo 3 exige al Estado expulsor que conceda al extranjero un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias. Las circunstancias que deben tomarse en consideración para determinar, en cada caso, cuál parecería ser un plazo razonable son de índole diversa. En particular pueden tener que ver con las relaciones (sociales, económicas o de otro tipo) que el extranjero objeto de expulsión ha establecido con el Estado expulsor, con el comportamiento del extranjero en cuestión, incluido, en su caso, el carácter de la amenaza que la presencia de ese extranjero en su territorio podría constituir para la seguridad nacional o al orden público del Estado expulsor, o incluso el riesgo de que dicho extranjero eluda a las autoridades del Estado a fin de evitar su expulsión. La exigencia de la concesión de un plazo razonable para preparar la salida debe entenderse a la luz de la necesidad de permitir al extranjero objeto de expulsión que proteja de manera adecuada sus derechos de propiedad y demás intereses en el Estado expulsor[133].

Artículo 22. Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado al Estado de su nacionalidad o a cualquier otro Estado que tenga la obligación de acogerlo en virtud del derecho internacional, o a cualquier Estado que acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o, en su caso, del interesado.

2. Cuando el Estado de nacionalidad o cualquier otro Estado que tenga la obligación de acoger al extranjero en virtud del derecho internacional no haya sido identificado y ningún otro Estado acepte acoger al extranjero, este podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia o, en su caso, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor.

Comentario

1) El proyecto de artículo 22 versa sobre la determinación del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión. En ese contexto, el párrafo 1 se refiere, en primer lugar, al Estado de nacionalidad del extranjero, ya que es indiscutible que dicho Estado tiene la obligación de recibirlo con arreglo al derecho internacional[134]. En el caso de un extranjero que tenga varias nacionalidades, se entenderá que la expresión «Estado de su nacionalidad» se refiere a cada uno de los países cuya nacionalidad posea. Si el extranjero objeto de expulsión teme por su vida de manera justificada o existen razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a penas crueles, inhumanas y degradantes en uno de los países cuya nacionalidad posee, no podrá ser expulsado a ese país de conformidad con los proyectos de artículo 23 y 24 del presente proyecto de artículos. El primer párrafo reconoce también la existencia de otros posibles Estados de destino, distinguiendo entre los que podrían estar obligados, en virtud del derecho internacional, a recibir al extranjero y los que no están sujetos a dicha obligación. Esta distinción refleja, en lo que respecta a la expulsión de extranjeros, el principio incontestable según el cual un Estado no está obligado a acoger extranjeros en su territorio, salvo en los casos en que una norma de derecho internacional le imponga dicha obligación. A pesar de su carácter esencial, esta distinción no establece necesariamente un orden de prioridad en la determinación del Estado de destino de un extranjero expulsado: en otras palabras, el hecho de que se haya identificado un Estado de nacionalidad y de que, en principio, no exista ningún obstáculo jurídico para la expulsión del extranjero a ese Estado no excluye en modo alguno la posibilidad de expulsar al extranjero a otro Estado que esté obligado a recibirlo en virtud del derecho internacional o a cualquier otro Estado que acepte recibirlo. A ese respecto, el Estado expulsor, aun conservando cierto margen de discrecionalidad en esta materia, debería tomar en consideración, en la medida de lo posible, las preferencias expresadas por

[132] *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903 (véase la nota 28 *supra*), pág. 732.

[133] Véase *supra* el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 20.

[134] Véase, en particular, la Convención para Determinar la Condición de los Extranjeros en el Territorio de las Partes Contratantes, aprobada por la VI Conferencia Internacional Americana, firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928. El segundo párrafo del artículo 6 dice lo siguiente: «Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio». Véase también Instituto de Derecho Internacional, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, período de sesiones de Ginebra, 9 de septiembre de 1892, art. 2: «En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio ni la permanencia en él a sus súbditos o a los que, tras haber perdido su nacionalidad en ese Estado, no hayan adquirido otra nacionalidad» (Wehberg (ed.) (nota 45 *supra*), pág. 51; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), pág. 219). Véase asimismo el artículo 32, párrafo 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

el extranjero expulsado a efectos de determinar el Estado de destino[135].

2) Mediante la fórmula «cualquier otro Estado que tenga la obligación de recibirlo en virtud del derecho internacional» se pretende abarcar los supuestos en que un Estado distinto del Estado de nacionalidad del extranjero expulsado estaría obligado a recibirlo en virtud de una norma de derecho internacional, ya se trate de una norma convencional que obligue a ese Estado o de una norma de derecho internacional consuetudinario[136]. Conviene mencionar, en este contexto, la posición expresada por el Comité de Derechos Humanos con respecto al artículo 12, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> El alcance de la expresión «su propio país» es más amplio que el de «país de su nacionalidad»[...]. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia[137].

Así pues, el párrafo 1, al reconocer al extranjero objeto de expulsión la posibilidad de elegir el Estado de destino, le permite indicar el Estado con el que mantiene relaciones más estrechas, como el Estado de su último lugar de residencia, el Estado donde nació, en el que tiene relaciones familiares o de otro tipo o en el que mantiene vínculos financieros particulares. El párrafo 1 del proyecto de artículo 22 confiere al Estado expulsor el derecho a evaluar esos diferentes factores a fin de preservar sus intereses, así como los intereses del extranjero objeto de expulsión.

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 22 concierne al supuesto de que no se haya podido identificar al Estado de nacionalidad ni a ningún otro Estado que tenga la obligación de recibir al extranjero en virtud del derecho internacional. En tal caso, se dice que el extranjero podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o estancia o, cuando sea aplicable, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor. Esta última parte de la frase («al Estado desde el que entró en el Estado expulsor») debe entenderse que se refiere en primer lugar al Estado de embarque, aunque la fórmula elegida sea lo bastante amplia para abarcar también situaciones en las que un extranjero haya entrado en el territorio del Estado expulsor por otros medios que no sean el transporte aéreo.

4) Los acuerdos de readmisión presentan un indudable interés a la hora de determinar el Estado de destino de un extranjero expulsado. Esos acuerdos se inscriben en el amplio campo de la cooperación internacional, en el cual los Estados actúan de manera soberana en función de consideraciones diversas que no se prestan en modo alguno a la uniformidad normativa mediante la codificación. Además, la aplicación de tales acuerdos debe hacerse en cumplimiento de las normas pertinentes de derecho internacional, en particular las relativas a la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión.

5) La determinación, de conformidad con el proyecto de artículo 22, del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión debe efectuarse en cumplimiento de las obligaciones a que se refieren el proyecto de artículo 6, apartado *b* (prohibición de la devolución (*refoulement*)), y los proyectos de artículo 23 y 24, que prohíben expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada o a un Estado en el que dicho extranjero pueda ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 23. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada

1. Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. Un Estado que no aplique la pena de muerte no expulsará a un extranjero a un Estado en el que este haya sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser condenado a muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

Comentario

1) El proyecto de artículo 23 se refiere a la protección de la vida del extranjero objeto de expulsión en relación con la situación en el Estado de destino. El párrafo 1 prohíbe expulsar a un extranjero «a un Estado en el que su vida estaría amenazada» por alguno de los motivos enumerados en el proyecto de artículo 14, que establece la

---

[135] Véase, en particular, el artículo 22, párrafo 7, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece lo siguiente: «Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen». Véase también el artículo 32, párrafo 3, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

[136] Para ejemplos del primer supuesto, véase R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992, vol. I, págs. 898 y 899, donde se hace referencia, entre otros instrumentos, al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 1957; el Protocolo que Exime a los Nacionales de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia de la Obligación de Disponer de un Pasaporte o un Permiso de Residencia para Permanecer en un País Nórdico Distinto del Suyo, de 1954 (Islandia se adhirió al Protocolo en 1955); el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la Supresión del Control de Pasaportes en las Fronteras entre los Países Nórdicos, de 1957 (Islandia pasó a ser parte en el Convenio en 1965), modificado por un acuerdo ulterior de 1979; y el Convenio entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos relativo a la Transferencia del Control de las Personas a las Fronteras Exteriores del Territorio del Benelux, de 1960.

[137] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 27 (Libertad de circulación (art. 12)), aprobada el 18 de octubre de 1999, párr. 20 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/55/40), vol. I, anexo VI, pág. 134).

obligación de no discriminar. La fórmula referente a un Estado «en el que su vida estaría amenazada», que delimita el alcance de esta prohibición de expulsar, se ajusta al tenor del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, en que se enuncia la prohibición de devolución (*refoulement*), sin ampliar por ello al conjunto de los extranjeros la prohibición de expulsar o devolver a un refugiado a un Estado en el que su libertad estaría amenazada.

2) Los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el proyecto de artículo 14 y se reproducen en el proyecto de artículo 23 son los que figuran en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A este respecto, no hay ninguna razón válida para que la lista de motivos de discriminación que figura en el proyecto de artículo 23 sea más breve que la del proyecto de artículo 14. En particular, la lista de motivos que figura en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es demasiado restringida para el presente proyecto de artículo, que trata no solo de personas que responden a la definición de «refugiado», sino también de los extranjeros en general y en múltiples situaciones posibles. En cuanto a la prohibición de toda discriminación en razón de la orientación sexual, existe una tendencia en ese sentido en la práctica internacional y en la jurisprudencia, sin que dicha prohibición esté universalmente reconocida[138].

3) El párrafo 2 del proyecto del artículo 23 concierne al caso particular en el que la vida del extranjero objeto de expulsión estaría amenazada en el Estado de destino por la imposición o ejecución de la pena de muerte, salvo que hubiese obtenido previamente la garantía de que no se impondría dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no sería ejecutada. La posición que ha adoptado el Comité de Derechos Humanos es la de que, en virtud del artículo 6 del Pacto, un Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a una persona a otro Estado en el que esa persona haya sido condenada a muerte, sin haber obtenido previamente garantías de que no va a ejecutarse la condena[139]. Si bien se puede considerar que, dentro de esos límites precisos, esta prohibición constituye ya una tendencia consolidada del derecho internacional, sería difícil afirmar que el derecho internacional vaya más lejos en esta materia.

4) Por consiguiente, el párrafo 2 del proyecto de artículo 23 corresponde a la esfera del desarrollo progresivo en dos aspectos. En primer lugar, porque la prohibición enunciada va dirigida no solo a los Estados que no tengan la pena de muerte o que la hayan abolido, sino también a los Estados que, aunque la mantienen en su legislación, ya no la aplican en la práctica; ese es el sentido de la parte de la frase que dice: «[u]n Estado que no aplique la pena de muerte […]». En segundo lugar, porque el alcance de la protección se ha ampliado de tal manera que abarca tanto el supuesto en que la pena de muerte ya ha sido impuesta como aquel en que existe un riesgo real de que se imponga.

Artículo 24. Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario

1) El enunciado del proyecto de artículo 24, que impone al Estado expulsor la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se inspira en el del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984[140]. No obstante, el artículo 3 de la Convención de 1984 limita la obligación de no expulsión a los actos de tortura. No la hace extensiva, pues, a las situaciones en que exista una razón fundada para creer que el extranjero objeto de expulsión será sometido a un trato o pena cruel, inhumano o degradante[141]. Sin embargo, el proyecto de artículo 24 amplía el alcance de la protección ofrecida por esta disposición convencional, ya que la obligación de no expulsión enunciada en el proyecto de artículo abarca no solo la tortura sino también otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta ampliación del alcance de la prohibición ha sido confirmada a nivel universal y en determinados sistemas regionales. A nivel universal, en la Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos se señala que «[…] los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la

[138] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 14.

[139] Véase al respecto: asunto *Judge c. el Canadá*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 829/1998, dictamen aprobado el 5 de agosto de 2003, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/58/40), vol. II, pág. 90, párr. 10.6: «Por estos motivos, el Comité considera que el Canadá como Estado Parte que ha abolido la pena capital, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida a tenor del párrafo 1 del artículo 6 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. El Comité reconoce que no fue el Canadá quien impuso la pena de muerte al autor, pero al expulsarlo a un país donde estaba condenado a muerte, el Canadá aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor».

[140] El artículo 3 de la Convención dice lo siguiente:

«1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.»

[141] Véase, en particular, *S. V. y otros c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 49/1996, 15 de mayo de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/56/44), anexo VII, pág. 96; *B. S. c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 166/2000, 14 de noviembre de 2001, ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/57/44), anexo VII, pág. 144; y *T. M. c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 228/2003, 18 de noviembre de 2003, ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/59/44), anexo VII, pág. 312; véase también M. Nowak y E. McArthur (eds.), *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, págs. 165 y 166.

expulsión o la devolución»[142]. En el dictamen relativo al asunto *Maksudov y otros c. Kirguistán*, de 16 de julio de 2008, el Comité de Derechos Humanos recordó el principio enunciado en la Observación general n.º 20 y añadió que «[…] no debe supeditarse a consideraciones relativas a la seguridad nacional o al tipo de conducta de que es acusada o sospechosa la persona»[143]. Una recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial va en el mismo sentido[144]. A nivel regional, este enfoque global, no aplicado específicamente a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, se afirmó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[145]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó una posición similar en el caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, en el que indicó que:

> [l]a tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[…]. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas[146].

2) En cuanto a la determinación de la existencia de «razones fundadas» en el sentido del proyecto de artículo 24, conviene recordar el texto del párrafo 2 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, que exige que las autoridades competentes tengan en cuenta «todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos». Esta disposición ha sido interpretada en múltiples ocasiones por el Comité contra la Tortura creado en aplicación de esa Convención, el cual ha examinado diversas comunicaciones en que se alegaba que la expulsión de extranjeros a determinados Estados era contraria al artículo 3[147].

3) El Comité contra la Tortura aprobó directrices relativas al artículo 3 en su Observación general n.º 1[148]. En las directrices se indica la información que puede servir para determinar si la expulsión de un extranjero a un determinado Estado se ajusta al artículo 3:

> Aunque no es exhaustiva, convendría presentar la siguiente información:
>
> *a*) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos? (Véase el párrafo 2 del artículo 3.)
>
> *b*) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?

---

[142] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 20 (44) (artículo 7), 3 de abril de 1992, párr. 9 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/47/40), anexo VI, pág. 190).

[143] *Maksudov y otros c. Kirguistán*, Comité de Derechos Humanos, comunicaciones n.os 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, 16 de julio de 2008, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/63/40), vol. II, anexo V, pág. 254, párr. 12.4.

[144] Véase la recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de «velar por que los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados a un país o un territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» (Recomendación general n.º 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18* (A/59/18), pág. 99, párr. 27).

[145] Véase en particular el asunto *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (nota 29 *supra*), párrs. 72 a 107. En el párrafo 80, el Tribunal afirma lo siguiente: «La prohibición de los malos tratos enunciada en el artículo 3 es igualmente absoluta en materia de expulsión. Así pues, cada vez que se haya probado la existencia de razones fundadas para creer que una persona estaría realmente en peligro de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si fuera expulsada a otro Estado, la responsabilidad del Estado Contratante de protegerla contra tales tratos nace en caso de expulsión […]. En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, por indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta. La protección que ofrece el artículo 3 es, pues, más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, de 1951 […]».

[146] *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia (fondo, reparaciones y costas) de 25 de noviembre de 2004, Serie C n.º 119, párr. 100.

[147] Véanse, en particular, *Mutombo c. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 13/1993, 27 de abril de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/49/44), anexo V, secc. B, pág. 46; *Khan c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 15/1994, 15 de noviembre de 1994, ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/50/44), anexo V, secc. A, pág. 46; *Kisoki c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 41/1996, 8 de mayo de 1996, ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/51/44), anexo V, secc. A, pág. 83; *Tala c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 43/1996, 15 de noviembre de 1996, ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/52/44), anexo V, secc. A, pág. 61; *Páez c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 39/1996, 28 de abril de 1997, ibíd., secc. B, pág. 90; *Aemei c. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 34/1995, 9 de mayo de 1997, ibíd., pág. 75; *Ali Falakaflaki c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 89/1997, 8 de mayo de 1998, ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/53/44 y Corr.1), anexo X, secc. A, pág. 100; *Ayas c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 97/1997, 12 de noviembre de 1998, ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/54/44), anexo VII, secc. A, pág. 60; *Korban c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 88/1997, 16 de noviembre de 1998, ibíd., pág. 48; *Haydin c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 101/1997, 20 de noviembre de 1998, ibíd., pág. 71; *Elmi c. Australia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 120/1998, 14 de mayo de 1999, ibíd., pág. 115; *A. S. c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 149/1999, 24 de noviembre de 2000, ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/56/44), anexo VII, secc. A, pág. 169; *Arana c. Francia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 63/1997, 9 de noviembre de 1999, ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/55/44), anexo VIII, secc. A, pág. 94; *Karoui c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 185/2001, 8 de mayo de 2002, ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/57/44), anexo VII, secc. A, pág. 191; *Ríos c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 133/1999, 23 de noviembre de 2004, ibíd., *sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/60/44), anexo VIII, secc. A, pág. 104; *T. A. c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 226/2003, 6 de mayo de 2005, ibíd., pág. 191; *Agiza c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 233/2003, 20 de mayo de 2005, ibíd., pág. 200; *Brada c. Francia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 195/2002, 17 de mayo de 2005, ibíd., pág. 129; *Dadar c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, 23 de noviembre de 2005, ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/61/44), anexo VIII, secc. A, pág. 255.

[148] Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1), aprobada el 21 de noviembre de 1997 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/53/44 y Corr.1), anexo IX, pág. 50).

c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas de la tortura?

d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el inciso *a*)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?

e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?

f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?

g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no[149]?

El Comité indicó igualmente que las razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura deben ir más allá de la pura teoría o sospecha, pero que no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable[150]. Otros elementos sobre los cuales el Comité contra la Tortura ha dado aclaraciones importantes son la existencia de un riesgo personal de ser sometido a tortura[151]; la existencia, en ese contexto, de un riesgo actual y previsible[152]; la cuestión de la expulsión posterior a un tercer Estado[153]; así como el carácter absoluto de la prohibición[154].

4) Como en el caso del proyecto de artículo 17[155], la Comisión prefirió no abordar en el texto del proyecto de artículo 24 los supuestos en que el riesgo de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes emane de personas o grupos de personas que actúen a título privado. A este respecto, conviene recordar que, en su Observación general n.º 1, el Comité contra la Tortura se pronunció sobre esta cuestión del modo siguiente:

[149] Ibíd., pág. 51, párr. 8.

[150] Ibíd., párr. 6: «Teniendo en cuenta que el Estado Parte y el Comité están obligados a evaluar si hay razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si se procediese a su expulsión, devolución o extradición a otro Estado, el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable».

[151] Ibíd., párr. 1: «La aplicación del artículo 3 se limita a los casos en que existen razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención». Véase también: *Mutombo c. Suiza*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 13/1993, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994 (nota 147 *supra*), pág. 52, párr. 9.3.

[152] Véanse, por ejemplo, *A. D. c. los Países Bajos*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 96/1997, 12 de noviembre de 1999, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/55/44), anexo VIII, secc. A, pág. 108; y *U. S. c. Finlandia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 197/2002, 1 de mayo de 2003, ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/58/44), anexo VI, secc. A, pág. 163.

[153] Sobre ese punto, véase la Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1) del Comité contra la Tortura (nota 148 *supra*), párr. 2: «El Comité opina que la expresión "otro Estado", que figura en el artículo 3, puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada. No obstante, también puede entenderse referida a cualquier Estado al cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente al autor».

[154] Véanse, por ejemplo, *Páez c. Suecia*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 39/1996, 28 de abril de 1997 (nota 147 *supra*); y *Dadar c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, 23 de noviembre de 2005 (nota 147 *supra*).

[155] Véase *supra* el párrafo 3 del comentario del proyecto de artículo 17.

De conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, «un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos», solo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia[156].

[156] Comité contra la Tortura, Observación general sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (Observación general n.º 1) (véase la nota 148 *supra*), párr. 3. Véanse asimismo: Comité contra la Tortura, comunicación n.º 258/2004, *Dadar c. el Canadá*, decisión de 23 de noviembre de 2005 (nota 147 *supra*), pág. 264, párr. 8.4; comunicación n.º 177/2001, *H. M. H. I. c. Australia*, decisión de 1 de mayo de 2002, ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/57/44), anexo VII, secc. A, págs. 159 y ss., en particular págs. 165 y 166, párr. 6.4; y comunicación n.º 191/2001, *S. S. c. los Países Bajos*, decisión de 5 de mayo de 2003, ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/58/44), anexo VI, secc. A, págs. 121 y ss., en particular pág. 131, párr. 6.4: «[l]a cuestión de si el Estado Parte tiene obligación de abstenerse de expulsar a una persona que pueda correr el riesgo de experimentar dolores o sufrimientos graves a manos de una entidad no gubernamental, sin el consentimiento o aquiescencia del Gobierno, escapa al alcance del artículo 3 de la Convención, a menos que la entidad no gubernamental ocupe y ejerza una autoridad cuasi oficial en el territorio al que se devolvería al autor de la queja […]».

Véase asimismo la comunicación n.º 237/2003, *M. C. M. V. de F. c. Suecia*, decisión de 14 de noviembre de 2005, ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/61/44), anexo VIII, secc. A, págs. 210 y ss., en particular pág. 216, párr. 6.4:

«[…] El Comité no está convencido de que los hechos sufridos por la autora en 2000 y 2003 estuviesen de algún modo vinculados con sus actividades políticas anteriores o las de su esposo y estima que la autora no ha demostrado suficientemente que dichos incidentes podían atribuirse a agentes del Estado o a grupos que actuaban en nombre de dichos agentes o bajo su control efectivo».

Véase también la comunicación n.º 120/1998, *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, dictamen aprobado el 14 de mayo de 1999, ibíd., *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/54/44), anexo VII, secc. A, págs. 115 y ss., en particular págs. 126 y 127, párrs. 6.5 a 6.8:

«El Comité no comparte la opinión del Estado Parte de que la Convención no es aplicable en el presente caso puesto que, según el Estado Parte, los actos de tortura a los que el autor teme ser sometido en Somalia no corresponden a la definición de tortura del artículo 1 (es decir, dolores o sufrimientos infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, en el presente caso por motivos discriminatorios). El Comité señala que durante varios años Somalia ha carecido de un gobierno central, que la comunidad internacional está negociando con las facciones beligerantes y que algunas de las facciones que operan en Mogadishu han creado instituciones cuasi oficiales y están negociando el establecimiento de una administración común. Se desprende de todo ello que, de hecho, esas facciones ejercen ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos. En consecuencia, para los fines de la aplicación de la Convención, a los miembros de esas facciones se les puede aplicar la expresión "funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas" contenida en el artículo 1.

El Estado Parte no impugna el hecho de que se han cometido violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en Somalia. Además, la Experta independiente sobre la situación de los derechos humanos en Somalia nombrada por la Comisión de Derechos Humanos describió en su último informe[…] la gravedad de esas violaciones, la situación caótica que impera en el país, la importancia de la identidad de los clanes y la vulnerabilidad de clanes pequeños y desarmados, como el clan shikal al que pertenece el autor.

El Comité señala además, sobre la base de la información de que dispone, que la zona de Mogadishu en que residen principalmente los shikal, y donde residiría probablemente el autor si alguna vez llegara a Mogadishu, está sometida al control efectivo del clan hawiye que ha establecido instituciones cuasi oficiales y administra varios servicios públicos. Además, fuentes fidedignas subrayan que no existe ningún acuerdo público ni oficioso de protección entre los clanes hawiye y shikal y que los shikal siguen estando a merced de las facciones armadas.

Además de lo antedicho, el Comité estima que hay dos factores que apoyan el alegato del autor de que es especialmente vulnerable al tipo de actos a que se hace referencia en el artículo 1 de la Convención.

(Continuación en la página siguiente.)

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dedujo del carácter absoluto del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que esa disposición puede aplicarse también cuando el peligro no emana del propio Estado de destino sino de «personas o grupos de personas que no forman parte de la función pública», a condición de que las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de proporcionar una protección apropiada al interesado:

> En razón del carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluye que el artículo 3 pueda aplicarse también cuando el peligro emane de personas o grupos de personas que no forman parte de la función pública. Sin embargo, deberá demostrarse que el peligro existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de proporcionar una protección apropiada para conjurarlo[157].

Capítulo IV

PROTECCIÓN EN EL ESTADO DE TRÁNSITO

Artículo 25. Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

El Estado de tránsito protegerá los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Comentario

La ejecución de una decisión de expulsión implica a menudo el tránsito del extranjero por uno o varios Estados antes de llegar al Estado de destino[158]. El proyecto de artículo 25 establece la obligación del Estado de tránsito de proteger los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. El enunciado que se ha dado a esta disposición indica claramente que el Estado de tránsito solo tiene que respetar sus propias obligaciones, derivadas de convenciones internacionales en las que es parte o de normas de derecho internacional general, y no las obligaciones que, por definición, solo vinculan al Estado expulsor.

Cuarta parte

REGLAS ESPECÍFICAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 26. Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión goza de los siguientes derechos procesales:

_a_) derecho a ser notificado de la resolución de expulsión;

_b_) derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello;

_c_) derecho a ser oído por una autoridad competente;

_d_) derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión;

_e_) derecho a estar representado ante la autoridad competente; y

_f_) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.

2. Los derechos enunciados en el párrafo 1 se entienden sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley.

3. El extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular.

4. Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 26 enuncia, en su párrafo 1, una lista de derechos procesales de los que debe gozar todo extranjero objeto de expulsión, independientemente de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea legal o no, con la única excepción —prevista en el párrafo 4 del proyecto de artículo— de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de ese Estado desde hace poco tiempo.

2) El párrafo 1 *a* enuncia el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión. Se trata de una garantía esencial cuyo respeto por el Estado expulsor constituye una *conditio sine qua non* del ejercicio por el extranjero objeto de expulsión de sus derechos procesales. Esta condición fue incorporada explícitamente en el artículo 22, párrafo 3, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, que dispone que la decisión de expulsión «les será comunicada en un idioma que puedan entender». En 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró que «[l]a orden de expulsión será notificada al expulsado»[159] y además que «[s]i el expulsado tiene la facultad de recurrir a un alto tribunal judicial

---

(Continuación de la nota 156.)

En primer lugar, el Estado Parte no ha negado la veracidad de las afirmaciones del autor de que su familia fue seleccionada especialmente como blanco por el clan hawiye, como consecuencia de lo cual fueron ejecutados su padre y su hermano, violada su hermana, y el resto de la familia obligada a huir y a trasladarse constantemente de una a otra parte del país para ocultarse. En segundo lugar, su caso ha recibido amplia publicidad y, por lo tanto, si regresara a Somalia se le podría acusar de empañar la reputación de los hawiye.»

[157] Asunto *H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997 (véase la nota 29 *supra*), párr. 40.

[158] En general, se otorga prioridad al retorno directo, sin escalas en puertos o aeropuertos de tránsito de otros Estados. Sin embargo, el retorno de personas en situación irregular puede exigir el tránsito por aeropuertos de ciertos Estados para realizar la conexión con el tercer Estado de destino (véase el Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Comisión de las Comunidades Europeas, 10 de abril de 2002, COM(2002) 175 final, punto 3.3, pág. 19).

[159] *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, aprobadas el 9 de septiembre de 1892 en el período de sesiones de Ginebra del Instituto de Derecho Internacional, art. 30, Wehberg (ed.) (nota 45 *supra*), pág. 56; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (1892-1894), pág. 225.

o administrativo, deberá ser informado, en la misma orden, tanto de esta circunstancia como del plazo que debe observarse»[160]. La obligación de notificar la decisión de expulsión al extranjero en cuestión está recogida en la legislación de varios Estados[161].

3) El párrafo 1 *b* enuncia el derecho a recurrir la decisión de expulsión, derecho que está bien consolidado en el derecho internacional. En el ámbito universal, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a la persona amenazada de expulsión, «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», el derecho a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión. Dice lo siguiente: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto […], a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello», tendrá la posibilidad de «*exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión** […]»[162]. El artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, enuncia el mismo derecho: «Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen […]». En el plano regional, el artículo 1, párrafo 1 *a*, del Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone que un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado y sea objeto de una medida de expulsión deberá poder «hacer valer las razones que se opongan a su expulsión». El artículo 3, párrafo 2, del Convenio Europeo de Establecimiento establece la misma garantía al disponer que, «[a] no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, un nacional de una Parte Contratante que resida legalmente desde hace más de dos años en el territorio de cualquier otra Parte Contratante no será expulsado sin que antes se le haya permitido hacer valer las razones que pueda invocar contra su expulsión». Por último, el derecho del extranjero a impugnar su expulsión está consagrado asimismo en las legislaciones internas[163].

4) El derecho a ser oído por una autoridad competente, que se enuncia en el párrafo 1 *c*, es esencial para el ejercicio del derecho a recurrir la resolución de expulsión, que constituye el objeto del párrafo 1 *b*. Aunque el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no concede expresamente al extranjero el derecho a ser oído, el Comité de Derechos Humanos ha estimado que la idea de que pueda adoptarse una decisión de expulsión sin que el extranjero haya tenido la posibilidad de ser oído puede plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto:

> El Comité está preocupado también porque la Junta de Inmigración y la Junta de Apelación para los Extranjeros pueden, en ciertos casos, inhibirse y declinar la jurisdicción en favor del Gobierno, con lo que se dictan decisiones de expulsión y denegación de la inmigración o el asilo sin que los interesados hayan tenido la posibilidad de ser oídos con las debidas garantías. En opinión del Comité, esta práctica puede, en determinadas circunstancias, plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto[164].

La legislación nacional de algunos Estados reconoce el derecho del extranjero a ser oído en el marco de un procedimiento de expulsión, al igual que varios tribunales nacionales[165]. En vista de las divergencias existentes en la práctica de los Estados en esta materia, no puede pretenderse que el derecho internacional reconozca al extranjero objeto de expulsión el derecho a ser oído en persona por una autoridad competente. Lo que se exige es que se reconozca al extranjero la facultad de explicar su situación y de hacer valer sus propias razones ante la autoridad competente. Según las circunstancias, un procedimiento escrito puede resultar suficiente desde la perspectiva del derecho internacional. Comentando algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre cuestiones referentes a los artículos 13 y 14 del Pacto, un autor ha escrito lo siguiente: «Aunque sería conveniente, por regla general, hacer valer en audiencia las razones contrarias a una expulsión inminente, el artículo 13, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 3 *d*, no consagra el derecho del extranjero a comparecer personalmente»[166].

5) El párrafo 1 *d* enuncia el derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce al extranjero que se halle legalmente en el Estado expulsor el derecho a recurrir la resolución de expulsión, pero sin precisar el tipo de órgano que debe examinar el recurso:

> El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero […] *someter su caso a revisión ante la autoridad*

---

[160] Ibíd., art. 31.

[161] Véase el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 649.

[162] Véase *Pierre Giry c. la República Dominicana*, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 193/1985, opiniones de 20 de julio de 1990, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40*, vol. II (A/45/40), vol. II, págs. 41 y ss., en particular págs. 43 y 44, párr. 5.5. El Comité resolvió que la República Dominicana había violado el artículo 13 del Pacto al no adoptar su decisión «conforme a la ley» y al no permitir al interesado exponer las razones que lo asistían en contra de su expulsión ni someter su caso a examen de la autoridad competente.

[163] Véase, por ejemplo, Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, arts. L.522-1 y L.522-2; y Suecia, Ley de Extranjería (SFS 2005:716), capítulo 14. Véase también el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 618.

[164] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1 de noviembre de 1995, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40*, vol. I (A/51/40), vol. I, párr. 88.

[165] Véase, por ejemplo, Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, arts. L.213-2, L.512-1, L.522-1 y L.524-1; y Suecia, Ley de Extranjería (SFS 2005:716), art. 13.3. Véase también el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 618.

[166] M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2.ª ed. rev., Kehl, N. P. Engel, 2005, pág. 297 (citando las comunicaciones n.º 173/1984, *M. F. c. los Países Bajos*, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/40/40), párr. 4; n.º 236/1987, *V. M. R. B. c. el Canadá*, ibíd., *cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/43/40); n.º 155/1983, *Eric Hammel c. Madagascar*, ibíd., *cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/42/40), párrs. 19.2 y 20; y n.º 193/1985, *Pierre Giry c. la República Dominicana* (véase la nota 162 *supra*), párrs. 5.5 y 6).

*competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas**[167].

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a recurrir y las demás garantías a que se refiere el artículo 13 solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional». El Comité ha señalado asimismo que el recurso a disposición del extranjero expulsado debe ser efectivo:

Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional»[168].

El Comité de Derechos Humanos ha considerado también que las reclamaciones presentadas ante las misiones diplomáticas o las oficinas consulares del Estado expulsor no constituyen una solución satisfactoria de conformidad con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

A juicio del Comité, las facultades discrecionales del Ministro del Interior de ordenar sin garantías la expulsión de cualquier extranjero, si así lo exigen la seguridad y el interés público, plantean problemas en lo que respecta al artículo 13 del Pacto, sobre todo si el extranjero ha entrado en territorio sirio de manera legal y ha obtenido un permiso de residencia. Las reclamaciones de los extranjeros expulsados ante las representaciones diplomáticas y consulares sirias no constituyen una solución satisfactoria por lo que respecta al Pacto[169].

El artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a un recurso efectivo contra la violación de cualquiera de los derechos o libertades enunciados en el Convenio, especialmente en caso de expulsión[170]:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Al pronunciarse sobre una demanda basada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de un caso de expulsión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo lo siguiente acerca del recurso a que se refiere el artículo 13:

En semejante caso, dado el carácter irreversible del daño que podría producirse si se materializaba el riesgo de malos tratos y vista la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3, la idea de un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 exige examinar con plena independencia el argumento de que existen razones fundadas para temer un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3. En este examen no debe tenerse en cuenta lo que el interesado pueda haber hecho para justificar la expulsión ni cualquier amenaza a la seguridad nacional que pueda percibir el Estado expulsor[171].

El artículo 1 del Protocolo n.º 7 del del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce al extranjero expulsado el derecho a hacer examinar su caso por una autoridad competente:

1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

[…]

b) hacer que se examine su caso, y

[…]

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados *a*), *b*) y *c*) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.

De modo análogo, el artículo 3, párrafo 2, del Convenio Europeo de Establecimiento dispone lo siguiente:

A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, un nacional de una Parte Contratante que resida legalmente desde hace más de dos años en el territorio de cualquier otra Parte Contratante no será expulsado sin que antes se le haya permitido hacer valer las razones que puede invocar contra su expulsión, *presentar un recurso a tal efecto y hacerse representar ante una autoridad competente o ante la persona o las personas especialmente designadas por la autoridad competente**.

El artículo 83 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; el artículo 32, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; el artículo 31, párrafo 2, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el artículo 9, párrafo 5, del Convenio Europeo sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes, y el artículo 26, párrafo 2, de la Carta Árabe de Derechos Humanos[172] exigen también que la resolución de expulsión pueda ser recurrida. Este derecho de recurso ha sido reconocido en términos prácticamente idénticos a los del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la Asamblea General en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea:

---

[167] Artículo citado en la comunicación n.º 193/1985 del Comité de Derechos Humanos, *Pierre Giry c. la República Dominicana* (véase la nota 162 *supra*), pág. 44, párr. 5.5. (El Comité estimó que la República Dominicana había violado el artículo 13 del Pacto al no permitir al interesado hacer examinar su caso por una autoridad competente.)

[168] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 15 (La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto) (véase la nota 66 *supra*), pág. 121, párr. 10. En *Eric Hammel c. Madagascar* (comunicación n.º 155/1983, dictamen aprobado el 3 de abril de 1987 (véase la nota 166 *supra*), pág. 147, párr. 19.2), el Comité estimó que el demandante no había tenido acceso a una vía efectiva para recurrir su expulsión. Véase también *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (nota 13 *supra*), pág. 666, párr. 74.

[169] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/56/40), vol. I, pág. 62, párr. 82 (22).

[170] En cambio, la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en casos de expulsión no está tan clara: «Cuando no entre en consideración ninguno de los derechos enunciados en el Convenio, solo se aplican las garantías procesales relativas a los recursos en general. Si bien el artículo 6 se refiere solamente a los recursos relativos a “derechos y obligaciones de carácter civil” y a “cualquier acusación en materia penal”, el Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido de que incluye sanciones disciplinarias. Debe entenderse asimismo que están comprendidas medidas tales como la expulsión, que afectan de modo significativo a las personas» (Gaja, «Expulsion of aliens…» (nota 70 *supra*) págs. 309 y 310).

[171] *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (véase la nota 29 *supra*), párr. 151.

[172] Véase la nota 39 *supra*.

Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y *que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas**.

En su Recomendación general n.º 30, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recalcó la necesidad de contar con un recurso efectivo en los casos de expulsión y recomendó que los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial velen por que:

[…] [l]os no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos[173].

Refiriéndose al caso de los inmigrantes en situación irregular, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha subrayado también que conviene ofrecer la posibilidad de un recurso al extranjero expulsado:

La Comisión no desea poner ni pone en tela de juicio el derecho de todo Estado a ejercitar una acción judicial contra inmigrantes ilegales y expulsarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes lo deciden. No obstante, considera inadmisible expulsar a individuos sin darles la posibilidad de exponer sus argumentos ante los tribunales nacionales competentes, por cuanto ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta [Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos] y al derecho internacional[174].

Asimismo, en otro asunto, la Comisión resolvió que Zambia había violado la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no dar a un individuo la oportunidad de impugnar una orden de expulsión:

36. Zambia ha infringido el artículo 7 de la Carta al denegar al demandante la posibilidad de ejercitar las acciones administrativas que tenía a su disposición en virtud de la Ley sobre la Nacionalidad. […] En cualquier caso, la residencia y el estatuto de Banda en Zambia habían sido aceptados. Este había aportado una contribución a la política del país. Las disposiciones del artículo 12 4) han sido violadas.

[…]

38. La situación de John Lyson Chinula es aún peor. No ha tenido ninguna posibilidad de impugnar la orden de expulsión. El Gobierno no puede afirmar desde luego que Chinula había entrado en la clandestinidad en 1974 al expirar su permiso de estancia. Chinula era a todas luces un hombre de negocios y un político eminente. Si el Gobierno deseaba tomar medidas contra él podía haberlo hecho. El que no lo hiciera no justifica el carácter arbitrario de su detención y su expulsión, el 31 de agosto de 1994. Chinula tenía derecho a defender su causa ante los tribunales de Zambia. Zambia ha violado el artículo 7 de la Carta.

[…]

52. El artículo 7 1 *a*) dispone lo siguiente:

«Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso.

…

a) El derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados…»

53. Al denegar al Sr. Chinula la posibilidad de recurrir la orden de su expulsión, el Gobierno de Zambia le ha privado del derecho a defender su causa ante un tribunal imparcial, en violación de todas las leyes nacionales de Zambia y las normas internacionales de derechos humanos[175].

6) El párrafo 1 *e*, cuyo tenor se basa en el del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia el derecho del extranjero objeto de expulsión a estar representado ante la autoridad competente. Desde el punto de vista del derecho internacional, ese derecho no entraña necesariamente, en el contexto de un procedimiento de expulsión, el derecho a hacerse representar por un abogado. En todo caso, no entraña la obligación del Estado expulsor de pagar los gastos de la representación.

7) El derecho del extranjero a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente, que se enuncia en el párrafo 1 *f* y está reconocido en la legislación de varios Estados[176], es un componente esencial del derecho a ser oído que se reconoce en el párrafo 1 *c*. Es también del todo pertinente en lo que respecta al derecho a la notificación de la resolución de expulsión y al derecho a recurrir esa resolución, a los que se refieren los párrafos 1 *a* y 1 *b* del presente proyecto de artículo. Cabe señalar a este respecto la preocupación expresada por el Comité de los Derechos del Niño acerca del «maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a […] servicios de interpretación»[177]. La gratuidad de la interpretación es necesaria para el ejercicio efectivo, por el extranjero en cuestión, de sus derechos procesales. A este respecto, incumbe al extranjero indicar a las autoridades competentes el idioma o los idiomas que es capaz de comprender. Sin embargo, no puede interpretarse que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete incluya el derecho a conseguir la traducción de documentos que pueden ser voluminosos, ni la interpretación a un idioma que no es de uso corriente en la región en que se encuentre el Estado o en el ámbito internacional, siempre que ello no impida que la audiencia sea imparcial. El texto del párrafo 1 *f* está calcado del artículo 14, párrafo 3 *f*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia ese derecho en el contexto de un proceso penal.

8) El respeto de los derechos procesales enunciados en el proyecto de artículo 26, párrafo 1, incumbe al Estado expulsor en virtud del derecho internacional general. Lo que es más, el párrafo 2 indica que la lista de derechos

[173] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general n.º 30 (véase la nota 144 *supra*), párr. 25. Véanse también las observaciones finales del Comité relativas a Francia, 1 de marzo de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 18* (A/49/18), párr. 144 (derecho de apelación).

[174] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 159/96, párr. 20 (Murray y Evans (eds.) (nota 29 *supra*), pág. 617).

[175] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 212/98, *Amnesty International v. Zambia* (Murray y Evans (eds.) (nota 29 *supra*), págs. 750 y 752).

[176] Véase, por ejemplo, España, Ley Orgánica n.º 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica n.º 2/2009, de 11 de diciembre de 2009, art. 63.3; Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, arts. L.111-8, L.221-4, L.512-2 y L.522-2; y Suecia, Ley Administrativa (SFS 1986:223), art. 8 y Ley de Extranjería (SFS 2005:716), art. 13:11. Véase también el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 645.

[177] Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 7 de junio de 2002 (CRC/C/15/Add.185), párr. 45 *a*.

procesales que figura en el párrafo 1 se entiende sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley. Se trata, ante todo, de derechos o garantías que la legislación del Estado expulsor reconoce a los extranjeros (por ejemplo, un eventual derecho a la asistencia jurídica gratuita)[178] y que este Estado estaría obligado a respetar en virtud de su obligación, derivada de una norma de derecho internacional, de actuar conforme a la ley en todo el procedimiento de expulsión[179]. Además, debe entenderse que el párrafo 2 preserva asimismo cualquier otro derecho procesal que el extranjero objeto de expulsión pueda tener en virtud de una norma de derecho internacional, en particular convencional, que obligue al Estado expulsor.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 26 versa sobre la asistencia consular, que debe cumplir una función de garantía del respeto de los derechos del extranjero objeto de expulsión. Dicho párrafo se refiere al derecho del extranjero a *solicitar* asistencia consular, lo que no equivale a un derecho a conseguir esa asistencia. En efecto, desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado de nacionalidad del extranjero tiene libertad para decidir si va a prestarle o no asistencia y el proyecto de artículos no aborda la cuestión de la existencia eventual de un derecho a la asistencia consular en virtud del derecho interno de ese Estado. Al mismo tiempo, el Estado expulsor está obligado, en virtud del derecho internacional, a no impedir el ejercicio por el extranjero de su derecho a solicitar asistencia consular ni tampoco, llegado el caso, la prestación de esta asistencia por el Estado que envía. El derecho de un extranjero objeto de expulsión a solicitar asistencia consular está consagrado asimismo de manera expresa en algunas legislaciones nacionales[180].

10) La asistencia consular a que se hace referencia en el proyecto de artículo 26, párrafo 3, abarca las diversas formas de asistencia que el extranjero objeto de expulsión podría recibir de su Estado nacional de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de relaciones consulares que se recogen, en lo esencial, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. Es con arreglo a esas normas que se deben determinar tanto el derecho del extranjero interesado a solicitar asistencia consular como las obligaciones que incumben al Estado expulsor en el presente contexto. Conviene mencionar muy especialmente el artículo 5 de esa Convención, en el que figura una enumeración de las funciones consulares, así como su artículo 36, que concierne a la comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía. El artículo 36, párrafo 1 *a*, garantiza esta libertad de comunicación en términos muy generales, lo que lleva a considerar que se trata de una garantía plenamente aplicable en el marco de un procedimiento de expulsión. Por otra parte, la misma garantía se enuncia en términos igualmente generales en el artículo 10 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General[181]. El artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que trata del supuesto de una persona que sea encarcelada o puesta en prisión preventiva o cualquier otra forma de detención, enuncia la obligación del Estado receptor de informar a la oficina consular competente si el interesado lo solicita y de informar a este último de los derechos que se le reconocen al respecto, mientras que el párrafo 1 *c* consagra el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional del Estado que envía que se halle detenido. En otros contextos no referentes a la expulsión de extranjeros, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en las causas *LaGrand* y *Avena y otros nacionales mexicanos*[182]. La Corte señaló entonces que «[…] el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 36 enuncia las obligaciones que tiene el Estado de residencia con respecto a una persona detenida y al Estado que envía»[183] y que «la claridad de esas disposiciones, leídas en su contexto, no deja lugar a dudas»[184]. La misma Corte abordó de nuevo esta cuestión, en ese caso a propósito de una detención a efectos de expulsión, en su sentencia de 30 de noviembre de 2010 en la causa *Diallo*. Confirmando su jurisprudencia en la causa *Avena y otros nacionales mexicanos*[185], la Corte recordó que corresponde a las autoridades del Estado que proceden a la detención:

> informar espontáneamente a la persona detenida de su derecho a solicitar que se avise a su consulado; el hecho de que esa persona no haya solicitado tal cosa, no solo no justifica que se incumpla la obligación de informar que incumbe al Estado que procede a la detención, sino que más bien podría explicarse precisamente, en algunos casos, por el hecho de que esa persona no ha sido informada de los derechos que le asisten a ese respecto. […] Por otra parte, el hecho de que las autoridades consulares del Estado de nacionalidad de la persona detenida hayan sido informadas de la detención por otras vías no elimina la violación de la obligación de informar «sin dilación» a esa persona de sus derechos[186].

Habiendo constatado, por lo demás, que la República Democrática del Congo no había aportado el «menor

---

[178] En relación con el derecho del expulsado a recibir asistencia jurídica gratuita, véase, entre otras, la legislación pertinente de la Unión Europea, en particular la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, cuyo artículo 12 establece lo siguiente:

«[…]

4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan.»

(*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 016, 23 de enero de 2004, pág. 50.)

[179] Véase el proyecto de artículo 4 *supra* y su comentario.

[180] Véase el anteriormente citado memorando de la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1 (nota 10 *supra*)), párr. 631. Véase también el sexto informe del Relator Especial, *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 373 a 378.

[181] Esta disposición dice así: «Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional».

[182] *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial págs. 489 a 498, párrs. 64 a 91; *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 12 y ss., en especial págs. 39 a 57, párrs. 49 a 114.

[183] *LaGrand* (véase la nota 182 *supra*), pág. 494, párr. 77.

[184] Ibíd.

[185] *Avena* (véase la nota 182 *supra*), pág. 46, párr. 76.

[186] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 672, párr. 95.

elemento que corroborara» la afirmación de que había informado oralmente al Sr. Diallo de sus derechos, la Corte Internacional de Justicia resolvió que dicho Estado había violado el artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[187].

11) El párrafo 4 se refiere al supuesto de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor desde hace poco tiempo. Está redactado en forma de cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» a fin de preservar, en ese supuesto, la aplicación de cualquier instrumento legislativo del Estado expulsor concerniente a la expulsión de esas personas. Varias legislaciones nacionales prevén procedimientos simplificados para la expulsión de extranjeros cuya presencia en su territorio es ilegal. En el marco de esos procedimientos, el extranjero en cuestión a menudo no goza del derecho a impugnar su expulsión ni *a fortiori* de los derechos procesales mencionados en el párrafo 1, cuya finalidad es hacer efectivo el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, en concepto de desarrollo progresivo del derecho internacional, la Comisión estimó conveniente reconocer los derechos procesales enunciados en el párrafo 1 incluso a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor, siempre que esa presencia haya tenido una duración mínima. Según la legislación de algunos países, dicha duración no debe ser superior a seis meses[188].

Artículo 27. Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible.

Comentario

1) El proyecto de artículo 27, que reconoce un efecto suspensivo al recurso interpuesto contra una resolución de expulsión por un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor, corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. La práctica de los Estados en esta materia no es suficientemente uniforme y convergente para servir de base, en el derecho existente, a una norma de derecho internacional general que prevea el efecto suspensivo del recurso contra una resolución de expulsión cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible para el extranjero objeto de expulsión.

2) No obstante, la formulación, en el proyecto de artículos, de tal efecto suspensivo parece justificado. Entre las razones que abogan en favor del efecto suspensivo figura sin duda el hecho de que a menudo, a menos que se suspenda la ejecución de la resolución de expulsión, el recurso no sería muy eficaz habida cuenta de los obstáculos, en especial de carácter económico, que podría encontrar para su regreso un extranjero que hubiera tenido que abandonar mientras tanto el territorio del Estado expulsor a consecuencia de una resolución de expulsión cuyo carácter ilícito solo se determinaría después de su salida.

3) Se observará, a este respecto, la posición asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo concerniente al efecto del recurso en la ejecución de la resolución. El Tribunal, al tiempo que reconocía la facultad discrecional de que gozan los Estados partes a este respecto, indicó que las medidas cuyos efectos fueran potencialmente irreversibles no debían aplicarse hasta que las autoridades nacionales hubiesen determinado si eran compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el asunto *Čonka c. Bélgica*, el Tribunal resolvió que había habido violación del artículo 13 del Convenio:

> El Tribunal considera que la efectividad del recurso a tenor del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles. […] En consecuencia, el artículo 13 se opone a que tales medidas sean ejecutadas antes incluso del resultado del examen por las autoridades nacionales de su compatibilidad con el Convenio, aunque los Estados contratantes tienen un cierto margen discrecional en cuanto al modo en que cumplirán sus obligaciones con arreglo a esta disposición […][189].

4) Cabe mencionar también que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó que los extranjeros expulsados del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa tuvieran derecho a un recurso con efecto suspensivo, que debería examinarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la resolución de expulsión:

> Con respecto a la expulsión:
>
> […]
>
> 2. toda resolución de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa debería estar sujeta a un derecho de recurso con efecto suspensivo;
>
> 3. en caso de recurso contra la expulsión, el procedimiento de apelación deberá haberse completado dentro de los tres meses siguientes a la resolución de expulsión[190].

A este respecto, es interesante constatar que la Asamblea Parlamentaria reconoció además ese derecho de recurso a los extranjeros en situación irregular:

> Un extranjero que carezca de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro por razones jurídicas concretas que no sean de orden político ni religioso. El interesado tendrá el derecho y la posibilidad de interponer recurso ante un órgano de apelación independiente antes de ser expulsado. Habría que estudiar también si, o como alternativa, tendrá derecho a acudir ante un juez. Será informado de sus derechos. Si recurre a un tribunal o a una alta autoridad administrativa, no podrá procederse a su expulsión mientras su recurso esté pendiente de examen.

---

[187] Ibíd., pág. 673, párrs. 96 y 97.

[188] Véase el debate de esta cuestión en el sexto informe del Relator Especial, *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, párrs. 293 a 316.

[189] *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002 (véase la nota 63 *supra*), párr. 79. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A. C. and Others v. Spain*, sentencia, 22 de abril de 2014, demanda n.º 6528/11, párr. 88.

[190] Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomendación 1624 (2003): Common policy on migration and asylum, 30 de septiembre de 2003, párr. 9 (disponible en http://assembly.coe.int, *Documents*).

El titular de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro en cumplimiento de una resolución judicial firme[191].

La Comisión no ha ido tan lejos.

Artículo 28. Procedimientos internacionales de recurso individual

El extranjero objeto de expulsión podrá hacer uso de cualquier procedimiento de recurso individual disponible ante una instancia internacional competente.

Comentario

El proyecto de artículo 28 tiene por objeto recordar que los extranjeros objeto de expulsión pueden, según los casos, tener acceso a procedimientos de recurso individual ante una instancia internacional competente. Se trata en lo esencial de procedimientos de recurso individual establecidos en diversos instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el regional.

Quinta parte

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Artículo 29. Readmisión en el Estado expulsor

1. El extranjero que, encontrándose legalmente en el territorio de un Estado, sea expulsado por este, tendrá derecho a la readmisión en el Estado expulsor si una autoridad competente determina que la expulsión fue ilícita, a no ser que la readmisión constituya una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o que por alguna otra razón el extranjero ya no cumpla las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor.

2. En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero.

Comentario

1) El proyecto de artículo 29 afirma, a título de desarrollo progresivo y cuando se reúnan determinadas condiciones, un derecho de readmisión en el Estado expulsor a favor del extranjero que haya tenido que abandonar el territorio de ese Estado a raíz de una expulsión ilícita. Aunque pueda encontrarse tal derecho, con diversidad de condiciones, en la legislación de algunos Estados[192] e incluso en el plano internacional[193], la práctica no parece ser suficientemente convergente para que se pueda afirmar la existencia, en derecho positivo, de un derecho a la readmisión como derecho individual del extranjero que haya sido objeto de una expulsión ilícita.

2) Incluso desde la perspectiva del desarrollo progresivo, la Comisión se mostró prudente al formular ese derecho. En efecto, el proyecto de artículo 29 se refiere únicamente al caso de un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado en cuestión y que ha sido expulsado de manera ilícita, siempre que la ilicitud de esa expulsión haya sido reconocida por una autoridad competente, y a no ser que el Estado expulsor pueda invocar legítimamente alguna de las razones mencionadas en el proyecto de artículo para denegar la readmisión del extranjero en cuestión.

3) El término «ilícita» con que se califica la expulsión en el proyecto de artículo se refiere a toda expulsión que contravenga una norma de derecho internacional. Sin embargo, también debe entenderse a la luz del principio enunciado en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y reiterado en el proyecto de artículo 4, según el cual un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley, es decir, en primer lugar, conforme al derecho interno del Estado expulsor.

4) Con arreglo al proyecto de artículo 29, cabe invocar el derecho a la readmisión únicamente en los supuestos en que las autoridades del Estado expulsor o un órgano internacional, como una corte o un tribunal, que sea competente al respecto hayan determinado, mediante resolución obligatoria, que la expulsión era ilícita. No hay tal determinación cuando las autoridades competentes constatan que la ilicitud de una resolución de expulsión en el momento en que fue adoptada ha sido subsanada conforme a la ley. La Comisión consideró que no hubiera sido apropiado subordinar el reconocimiento de ese derecho a la anulación de la resolución de expulsión ilícita, ya que, en principio, solo las autoridades del Estado expulsor son competentes para anular tal resolución. Además, el enunciado del proyecto de artículo 29 abarca asimismo los supuestos en que la expulsión se ha producido sin la adopción de una resolución formal, es decir de resultas de un comportamiento atribuible al Estado expulsor[194]. Ahora bien, al subordinar el derecho a la readmisión a la determinación previa de la ilicitud de la expulsión por una autoridad competente, el proyecto de artículo 29 evita reconocer al extranjero, en el presente contexto, la facultad de juzgar por sí mismo si la expulsión de que ha sido objeto era lícita o ilícita.

5) El proyecto de artículo 29 no debe entenderse en el sentido de que confiera a la determinación por un órgano

[191] Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, apéndice de la recomendación 769 (1975) relativa a la condición jurídica de los extranjeros, 3 de octubre de 1975, apéndice (Principles on which a uniform aliens law in Council of Europe member States could be based), párrs. 9 y 10 (disponible en: http://assembly.coe.int, *Documents*).

[192] Véase, por ejemplo, Francia, Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo, art. L.524-4.

[193] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció este derecho en el caso de la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero. La Comisión Interamericana resolvió lo siguiente:

«Recomendar al Gobierno de Guatemala: *a*) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseare; *b*) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y *c*) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones» (resolución 30/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 7378 (Guatemala), 25 de junio de 1981, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 Rev.1, 16 de octubre de 1981, pág. 65).

[194] Véase al respecto el proyecto de artículo 10 *supra*, que prohíbe toda forma de expulsión encubierta.

internacional efectos jurídicos distintos de los previstos en el instrumento por el que se creó el órgano en cuestión. Reconoce únicamente, a título de desarrollo progresivo y sobre una base independiente, un derecho a la readmisión en el territorio del Estado expulsor cuya existencia está sujeta, entre otras cosas, a una determinación vinculante previa de ilicitud.

6) Como indica claramente ese proyecto de artículos, el Estado expulsor conserva el derecho de denegar la readmisión del extranjero expulsado de manera ilícita, si esa readmisión constituye una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si por alguna otra razón el extranjero ya no cumple las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor. Es necesario reconocer tales excepciones a la readmisión a fin de mantener un justo equilibrio entre los derechos del extranjero ilícitamente expulsado y el poder del Estado expulsor de controlar la entrada de todo extranjero en su territorio de conformidad con su legislación vigente en el momento en que debe pronunciarse sobre la readmisión del extranjero en cuestión. El objeto de la última excepción mencionada en el proyecto de artículo 29 es tener en cuenta el hecho de que, en algunos casos, pueden no darse ya las circunstancias o elementos con arreglo a los cuales se había concedido al extranjero una autorización de entrada o de residencia. No obstante, la facultad del Estado para determinar las condiciones de readmisión debe ejercerse de buena fe; así, el Estado expulsor no tendría derecho a denegar la readmisión fundándose en disposiciones de su legislación que considerasen la mera existencia de una decisión de expulsión adoptada anteriormente, que resultó ser ilícita, como un obstáculo para la readmisión. Esta limitación se refleja en el proyecto de artículo 29, párrafo 2, que dice: «En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero». Este enunciado se inspira en el artículo 22, párrafo 5, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[195].

7) Por último, la formulación de un derecho a la readmisión de conformidad con el proyecto de artículo 29 debe entenderse sin perjuicio del régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al que se hace referencia en el proyecto de artículo 30. En particular, las normas generales relativas a la reparación de un hecho internacionalmente ilícito siguen siendo pertinentes en el contexto de la expulsión de extranjeros.

Artículo 30. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

La expulsión de un extranjero en violación de obligaciones del Estado expulsor enunciadas en el presente proyecto de artículos o en cualquier otra norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional de ese Estado.

Comentario

1) Nadie discute que toda expulsión en violación de una norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional del Estado expulsor por hecho internacionalmente ilícito. A este respecto, el proyecto de artículo 30 ha de interpretarse a la luz de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[196]. La segunda parte enuncia el contenido de la responsabilidad internacional del Estado, incluido en lo que concierne a la expulsión de extranjeros[197].

2) El principio fundamental de la reparación íntegra por el Estado del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito se enuncia en el artículo 31 sobre la responsabilidad del Estado[198], mientras que el artículo 34[199] enuncia las diferentes formas de reparación, a saber, la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36) y la satisfacción (art. 37). La jurisprudencia relativa a la reparación en casos de expulsión ilícita es especialmente abundante[200].

3) La restitución, en forma de regreso del extranjero al Estado expulsor, se ha elegido a veces como modo de reparación. A este respecto, el primer Relator Especial del tema de la responsabilidad internacional, Sr. García Amador, indicó que «[e]n cuanto a los casos de expulsión arbitraria, las formas de satisfacción empleadas han sido las de que se deje sin efecto la medida y se permita al particular extranjero reintegrarse al país»[201]. El Sr. García Amador se remitió en este contexto a los casos *Lampton* y *Wiltbank* (concernientes a dos ciudadanos de los Estados

[195] Dicha disposición dice lo siguiente: «Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, *y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate**».

[196] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 92 a 124.

[197] Véase el párrafo 5 del comentario general de la Comisión a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, ibíd., pág. 32.

[198] El artículo 31 (Reparación) dice así: «1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado» (ibíd., pág. 96).

[199] El artículo 34 (Formas de reparación) dice así: «La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo» (ibíd., pág. 101).

[200] Véase, por ejemplo, *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903 (nota 28 *supra*), págs. 323 a 325 (Filtz, árbitro); *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (nota 28 *supra*), págs. 600 a 609; *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903 (nota 28 *supra*), págs. 730 a 733; *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, opinión dictada el 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), págs. 368 a 371; *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987 (nota 28 *supra*), págs. 92 a 113; *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de febrero de 1991 (nota 29 *supra*); *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2002 (nota 63 *supra*).

[201] Sexto informe de F. V. García Amador, Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros – La reparación del daño), *Anuario… 1961*, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add.1, pág. 28, párr. 99.

Unidos expulsados de Nicaragua en 1894), y al caso de cuatro súbditos británicos igualmente expulsados de Nicaragua[202]. El derecho al regreso en caso de expulsión ilícita ha sido dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero[203].

4) La jurisprudencia ha considerado en muchas ocasiones la indemnización como forma de reparación reconocida del perjuicio sufrido por el extranjero expulsado o por el Estado de su nacionalidad de resultas de una expulsión ilícita. Nadie discute que el perjuicio indemnizable comprende tanto el daño material como el moral[204]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una nueva orientación al derecho a la reparación al incluir el «daño al proyecto de vida» en la categoría de perjuicios sufridos por las víctimas de violaciones de los derechos humanos[205].

Varios tribunales arbitrales han otorgado una indemnización por daños y perjuicios a extranjeros que habían sido víctimas de expulsiones ilícitas. En el caso *Paquet*, el árbitro resolvió que, visto el carácter arbitrario de la expulsión, el Gobierno de Venezuela debía pagar al Sr. Paquet una indemnización por el perjuicio directo que había sufrido:

> […] la práctica general entre los gobiernos es la de dar, si se piden, explicaciones al gobierno de la persona expulsada, y que, cuando estas son denegadas, como en el presente caso, la expulsión, puede considerarse como un acto arbitrario de tal carácter que da lugar a una reparación, agravado en el presente caso por el hecho de que las facultades del poder ejecutivo, según la Constitución de Venezuela, no lo autorizan a prohibir la entrada en el territorio nacional o a expulsar de él a los extranjeros domiciliados de quienes el Gobierno sospeche que son una amenaza para el orden público;
>
> Considerando, además, que la suma demandada no parece exagerada:
>
> Resuelve que N. A. Paquet tiene derecho a una indemnización de 4.500 francos[206].

En el caso *Oliva*, el árbitro también condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios en razón de la pérdida resultante de la revocación de una concesión, aunque limitada a los gastos en que había incurrido el extranjero y al tiempo que había dedicado a obtener el contrato[207]. El Comisionado Agnoli había considerado que el carácter arbitrario de la expulsión habría justificado de por sí el ejercicio de una acción por daños y perjuicios:

> […] debería otorgarse una indemnización no inferior a 40.000 bolívares, independientemente de cualquier suma que se le conceda justamente por la ruptura arbitraria del contrato mencionado, puesto que no cabe duda de que, aunque no hubiera podido obtener la concesión en cuestión, el mero hecho de su expulsión arbitraria constituiría motivo suficiente para una demanda de indemnización[208].

En otros asuntos, la manera ilegal como se ejecutó la expulsión (incluida la duración y las condiciones de la detención que la precedieron) es lo que dio lugar a indemnización. En el caso *Maal* el árbitro otorgó una indemnización por daños y perjuicios al demandante a causa de los malos tratos que había sufrido. Dado que los responsables de la expulsión no habían sido sancionados, el árbitro consideró que era necesario que la indemnización otorgada consistiera en una suma suficiente para «expresar el reconocimiento de la afrenta» causada al demandante:

> Al árbitro se le ha enseñado a considerar a la persona de otro como algo sagrado a cuya integridad no se puede ocasionar ningún menoscabo, por ligero que sea, con ira y sin causa, sin su consentimiento y que, si se comete ese hecho, cabe considerar que constituye una agresión por la que hay que pagar una indemnización de daños y perjuicios proporcional al espíritu y la naturaleza de la agresión y a la calidad del hombre que ha sido víctima de ella. […] Puesto que no hay nada que parezca indicar que las personas a las que el Gobierno de Venezuela encomendó esta importante tarea hayan sido reprendidas, sancionadas o relevadas de sus funciones, el único modo en que este Gobierno puede expresar su sentimiento y cumplir sus deberes hacia el súbdito de un Estado soberano y amigo es resarciéndole mediante una indemnización pecuniaria. Esta debe consistir en una suma suficiente para expresar el reconocimiento de la afrenta causada a ese súbdito y su deseo de satisfacer íntegramente su deuda para con él.
>
> Tan siquiera por esta afrenta, el árbitro estima que el Gobierno demandado debe pagar al Gobierno demandante, en nombre del demandante, la suma de quinientos dólares oro de los Estados Unidos de América, o el equivalente en plata al tipo de cambio vigente en la fecha del pago, y que en consecuencia se puede poner el fallo en ese sentido[209].

En el caso *Daniel Dillon* se otorgó una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de los malos tratos infligidos al demandante de resultas de la duración y las condiciones de su detención:

---

[202] Ibíd., nota 159. Estos asuntos son mencionados en Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV (nota 121 *supra*), págs. 99 a 101. Lampton y Wiltbank habían sido expulsados por el Gobierno nicaragüense y luego autorizados a regresar a Nicaragua a petición de los Estados Unidos. En cuanto a los cuatro súbditos británicos, Gran Bretaña había exigido «la anulación incondicional de los decretos de expulsión», a lo que Nicaragua respondió que «no había lugar a la revocación del decreto de expulsión, por cuanto todas las personas culpables de participar en la rebelión de los misquitos habían sido amnistiadas» (ibíd., pág. 101).

[203] «La Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelve: […] 3. Recomendar al Gobierno de Guatemala: *a*) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseare; *b*) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y *c*) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones» (resolución 30/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 7378 (Guatemala) (véase la nota 193 *supra*)).

[204] Véase, por ejemplo, sobre esta cuestión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Emre v. Switzerland*, 22 de mayo de 2008, demanda n.º 42034/04, o Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, Serie C n.º 134; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 25 de noviembre de 2006, Serie C n.º 159. Véase también, a ese respecto, el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia el 19 de junio de 2012 en la causa *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, indemnización, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 324 y ss., que se aborda *infra* en el párrafo 6 del comentario a este proyecto de artículo.

[205] Véanse, entre otras, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), Serie C n.º 42, párrs. 144 a 154; *Cantoral Benavides (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001 (reparaciones), Serie C n.º 88, párrs. 60 y 80; y *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas), Serie C n.º 132, párrs. 87 a 89.

[206] *Paquet (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903 (véase la nota 28 *supra*), pág. 325.

[207] *Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903 (véase la nota 28 *supra*), págs. 607 a 609 (Ralston, árbitro), que contiene detalles acerca del cálculo de la indemnización en ese caso concreto.

[208] *Oliva* (véase la nota 28 *supra*), pág. 602 (Agnoli, comisionado).

[209] *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903 (véase la nota 28 *supra*), págs. 732 y 733 (Plumley, árbitro).

Sin embargo, en opinión de la Comisión, el hecho de haber estado detenido el demandante por largo tiempo, y el de haber estado incomunicado y sin información acerca del objeto de su detención, constituyen un maltrato y un padecimiento no justificados por el objeto de la detención, a tal grado que hacen responsables a los Estados Unidos Mexicanos conforme al derecho internacional. Estima que la suma por la cual debe fallarse puede justamente fijarse en 2.500 dólares de los Estados Unidos, sin intereses[210].

En el caso *Yeager*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos otorgó al demandante una indemnización: *a*) por la pérdida de los bienes que había debido abandonar porque no se le había dado tiempo suficiente para salir del país[211], y *b*) por el dinero que le habían confiscado en el aeropuerto los «*komitehs* revolucionarios»[212].

En algunos casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha otorgado una indemnización pecuniaria por daños morales resultantes de una expulsión ilícita. En el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal rechazó una demanda de indemnización fundada en la pérdida de ingresos resultante de una expulsión contraria al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, subrayando la falta de relación de causalidad entre esa violación y la pretendida pérdida de ingresos. No obstante, el Tribunal otorgó al demandante, sobre una base de equidad, la suma de 100.000 francos belgas en concepto de reparación moral por el tiempo que tuvo que vivir alejado de su familia y sus amigos, en un país con el que no tenía vínculo alguno[213]. En el asunto *Čonka c. Bélgica*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concedió una indemnización de 10.000 euros por el perjuicio moral resultante de una expulsión contraria al artículo 5, párrafos 1 y 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad), el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio (prohibición de las expulsiones colectivas) y el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo), tomado juntamente con el artículo 4 del Protocolo n.º 4[214].

5) La satisfacción como forma de reparación está prevista en el artículo 37 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado[215]. Es susceptible de ser aplicada en el caso de una expulsión ilícita, en particular en los supuestos en que aún no se haya ejecutado la resolución de expulsión. En esos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una sentencia en la que se declarase ilícita la resolución de expulsión constituía una forma apropiada de satisfacción y, por lo tanto, no concedió ninguna otra reparación moral. Pueden señalarse a este respecto los asuntos *Beldjoudi c. Francia*[216], *Chahal c. el Reino Unido*[217] y *Ahmed c. Austria*[218]. Conviene recordar a ese respecto que la propia Comisión, en su comentario al artículo 37 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado precisó que «[u]na de las modalidades de satisfacción más corrientes en el caso de un perjuicio moral o no material […] es la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente»[219]. También a propósito de la satisfacción como forma de reparación, es oportuno señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se contenta con conceder indemnizaciones a las víctimas de expulsiones ilegales, ya que considera que «dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos [y] sancionar a todos los responsables»[220].

6) La cuestión de la reparación por hechos internacionalmente ilícitos relacionados con la expulsión de un extranjero fue abordada recientemente por la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 30 de noviembre de 2010 dictado en la causa *Diallo*:

> La Corte, habiendo concluido que la República Democrática del Congo había violado las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 9 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 6 y 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 36, párrafo 1 *b*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares […], tiene que determinar ahora, a la luz de las conclusiones finales de Guinea, cuáles son las consecuencias que se desprenden de esos hechos internacionalmente ilícitos que generan la responsabilidad internacional de la República Democrática del Congo[221].

Tras haber recordado el régimen jurídico de la reparación, basado en el principio, enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, según el cual la reparación, en la medida de lo posible, debe «eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y

---

[210] *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, opinión dictada el 3 de octubre de 1928 (véase la nota 200 *supra*), pág. 369.

[211] *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987 (véase la nota 28 *supra*), págs. 107 a 109, párrs. 51 a 59.

[212] *Yeager* (véase la nota 28 *supra*), pág. 110, párrs. 61 a 63.

[213] *Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991 (véase la nota 29 *supra*), párrs. 52 a 55.

[214] *Čonka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002 (véase la nota 63 *supra*), párrs. 42 y ss.

[215] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 112 a 115.

[216] *Beldjoudi v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 26 de marzo de 1992, demanda n.º 12083/86, párr. 86, Serie A n.º 234-A: «Los demandantes deben de haber sufrido un perjuicio moral, pero esta sentencia les otorga una compensación suficiente a este respecto». El Tribunal añadió que habría habido violación del artículo 8 del Convenio «si la resolución de expulsar al Sr. Beldjoudi [hubiera sido] ejecutada» (párrafo 1 de la parte dispositiva).

[217] *Chahal v. the United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996 (véase la nota 29 *supra*), párr. 158: «Habiendo resuelto que no había habido violación del párrafo 1 del artículo 5 […], el Tribunal no otorga ninguna reparación del perjuicio moral por el período en que el Sr. Chahal estuvo detenido. En cuanto a las demás reclamaciones, el Tribunal considera que la constatación de que la expulsión, si se ejecutara, constituiría una violación del artículo 3 y de que ha habido violación de los artículos 5, párrafo 4, y 13 constituye una satisfacción equitativa suficiente».

[218] *Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996 (véase la nota 29 *supra*). El Tribunal denegó una compensación en forma de indemnización por la pérdida salarial porque no apreciaba ninguna relación de causalidad entre el daño material alegado y su conclusión respecto del artículo 3 del Convenio (párr. 50). El Tribunal dijo a continuación: «El Tribunal estima que el interesado debe de haber sufrido un perjuicio moral, pero que la presente sentencia le otorga una compensación suficiente a ese respecto» (párr. 51); luego resolvió: «[…] mientras el demandante corra un riesgo real de ser sometido en Somalia a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, habría violación de esa disposición si la resolución de expulsarlo a ese país fuera ejecutada» (párrafo 2 de la parte dispositiva).

[219] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 114, comentario del artículo 37, párr. 6.

[220] *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 22 de febrero de 2002 (reparaciones), Serie C n.º 91, párr. 73; véase también el párrafo 106.

[221] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 691, párr. 160.

restablecer la situación que hubiera existido probablemente de no haberse cometido dicho acto»[222], y el principio recordado recientemente en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, según el cual la reparación puede tomar «la forma de la indemnización o de la satisfacción, o incluso de la indemnización y de la satisfacción»[223], la Corte Internacional de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

> Vistas las circunstancias del caso, en particular el carácter fundamental de las obligaciones relativas a los derechos humanos que han sido violadas y la demanda de reparación en forma de indemnización presentada por Guinea, la Corte resuelve que, además de la constatación judicial de dichas violaciones, la reparación debida a Guinea por los daños sufridos por el Sr. Diallo ha de ser en forma de indemnización[224].

Posteriormente, el 19 de junio de 2012, la Corte dictó un fallo sobre la cuestión de la indemnización que la República Democrática del Congo debía abonar a la República de Guinea[225]. La Corte concedió a Guinea una indemnización de 85.000 dólares de los Estados Unidos, por el perjuicio no material sufrido por el Sr. Diallo a causa de los hechos ilícitos atribuibles a la República Democrática del Congo[226], así como, por razones de equidad, una indemnización de 10.000 dólares que debía compensar la pérdida de bienes personales denunciada por el Sr. Diallo[227]. La Corte desestimó en cambio, por falta de pruebas, las demandas presentadas con el fin de obtener una indemnización por el lucro cesante que habría sufrido el Sr. Diallo durante su detención y como consecuencia de su expulsión ilícita[228]. De manera general, la Corte abordó en su fallo varias cuestiones relativas a las condiciones y modalidades de la indemnización, en particular la relación de causalidad entre los actos ilícitos y el perjuicio, la evaluación del perjuicio, incluido el perjuicio no material, y la prueba de este último.

Artículo 31. Protección diplomática

El Estado de nacionalidad del extranjero objeto de expulsión podrá ejercer la protección diplomática con respecto a ese extranjero.

Comentario

1) El proyecto de artículo 31 remite a la institución de la protección diplomática, cuyo régimen jurídico está bien establecido en el derecho internacional. Nadie discute que el Estado de nacionalidad de un extranjero objeto de expulsión tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, en las condiciones establecidas por las normas de derecho internacional relativas a esta materia. Estas normas están reflejadas esencialmente en los artículos sobre la protección diplomática aprobados por la Comisión en 2006[229], cuyo texto figura en el anexo de la resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007.

2) En su fallo de 2007 sobre las excepciones preliminares en la causa *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia reiteró, en el contexto de la expulsión de extranjeros, dos condiciones esenciales para el ejercicio de la protección diplomática, a saber, el vínculo de nacionalidad y el agotamiento previo de los recursos internos[230].

---

[222] *Factory at Chorzów*, sentencia n.º 13 (sobre el fondo), 1928, *P.C.I.J., Series A, No. 17*, pág. 47.

[223] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en particular pág. 103, párr. 273.

[224] *Ahmadou Sadio Diallo*, fallo de 30 de noviembre de 2010 (véase la nota 13 *supra*), pág. 691, párr. 161.

[225] *Ahmadou Sadio Diallo*, indemnización, fallo de 19 de junio de 2012 (véase la nota 204 *supra*).

[226] Ibíd., págs. 333 a 335, párrs. 18 a 25.

[227] Ibíd., págs. 335 a 338 y 343, párrs. 26 a 36 y 55.

[228] Ibíd., págs. 338 a 342, párrs. 37 a 50.

[229] Para el texto de los artículos sobre la protección diplomática y los comentarios correspondientes, véase *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 27, párrs. 49 y 50.

[230] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, excepciones preliminares, fallo de 24 de mayo de 2007, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 582 y ss., en especial pág. 599, párr. 40.

Capítulo V

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

A. Introducción

46. En sus períodos de sesiones 60.º (2008) a 65.º (2013), la Comisión examinó el tema tomando como base seis informes[231] presentados por el Relator Especial relativos a, entre otras cosas, las principales cuestiones jurídicas que había que tratar, el alcance del tema *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*, la definición de «desastre» a efectos del tema, el deber fundamental de cooperar, los principios que inspiran la protección de las personas en casos de desastre, la cuestión del papel del Estado afectado, la responsabilidad del Estado afectado de buscar asistencia cuando su capacidad nacional de respuesta se vea superada, el deber del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento para la asistencia externa, el derecho de la comunidad internacional a ofrecer asistencia, las condiciones de prestación de asistencia, la cuestión de la terminación de la asistencia, la prevención en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre, incluida la reducción del riesgo de desastres, la prevención como principio de derecho internacional y la cooperación internacional en materia de prevención. También tuvo ante sí la Comisión un memorando de la Secretaría[232] que se centraba primordialmente en los desastres naturales y ofrecía un panorama general de los instrumentos y textos jurídicos existentes aplicables a diversos aspectos de la prevención de los desastres y la asistencia de socorro, así como de la protección de las personas en casos de desastre. La Comisión tuvo asimismo ante sí varias respuestas que habían presentado por escrito la OCAH y la FICR a las preguntas que les envió la Comisión en 2008.

47. En su 62.º período de sesiones (2010) la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 (Ámbito de aplicación), 2 (Objeto), 3 (Definición de desastre), 4 (Relación con el derecho internacional humanitario) y 5 (Obligación de cooperar)[233]. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 6 (Principios humanitarios en la respuesta a los desastres), 7 (Dignidad humana), 8 (Derechos humanos), 9 (Papel del Estado afectado), 10 (Deber del Estado afectado de buscar asistencia) y 11 (Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa)[234]. En su 65.º período de sesiones (2013), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 5 *bis* (Formas de cooperación), 5 *ter* (Cooperación para reducir el riesgo de desastres), 12 (Ofrecimientos de asistencia), 13 (Condiciones de prestación de la asistencia externa), 14 (Facilitación de la asistencia externa), 15 (Cese de la asistencia externa) y 16 (Deber de reducir el riesgo de desastres)[235].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

48. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/668 y Add.1), relativo a la protección del personal de socorro y sus bienes y equipo, que contenía una propuesta de proyecto de artículo 14 *bis* (Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro)[236]. En el informe también se examinaba la relación entre el proyecto de artículos que se estaba elaborando y otras normas y se incluían propuestas para los proyectos de artículo 17 (Relación con normas especiales de derecho internacional)[237], 18 (Cuestiones relacionadas con las situaciones de desastre no reguladas por el presente proyecto de artículos)[238] y 19 (Relación con la Carta de las Naciones Unidas)[239]. El informe también contenía una propuesta de proyecto de artículo 3 *bis* (Términos empleados)[240].

---

[231] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598 (informe preliminar); *Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/615 (segundo informe); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/629 (tercer informe); *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/643 (cuarto informe); *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/652 (quinto informe); y *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/662 (sexto informe).

[232] A/CN.4/590 y Add.1 a 3 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones). El texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte).

[233] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 330.

[234] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 289.

[235] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 62.

[236] El proyecto de artículo 14 *bis* decía lo siguiente:

«*Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro*

El Estado afectado deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro presentes en su territorio con el fin de proporcionar asistencia externa.»

[237] El proyecto de artículo 17 decía lo siguiente:

«*Relación con normas especiales de derecho internacional*

El presente proyecto de artículos no se aplicará en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional aplicables en situaciones de desastre.»

[238] El proyecto de artículo 18 decía lo siguiente:

«*Cuestiones relacionadas con las situaciones de desastre no reguladas por el presente proyecto de artículos*

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a las situaciones de desastre en la medida en que no estén reguladas por el presente proyecto de artículos.»

[239] El proyecto de artículo 19 decía lo siguiente:

«Relación con la Carta de las Naciones Unidas

El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.»

[240] El proyecto de artículo 3 *bis* decía lo siguiente:

«*Términos empleados*

A los efectos de los presentes artículos:

a) Se entiende por «Estado afectado» el Estado en cuyo territorio personas o propiedades son afectadas por un desastre;

(Continuación en la página siguiente.)

49. La Comisión examinó el séptimo informe en sus sesiones 3198.ª a 3201.ª, celebradas del 5 al 8 de mayo de 2014.

50. En su 3201.ª sesión, la Comisión remitió los proyectos de artículo 3 *bis*, 14 *bis*, 17, 18 y 19 al Comité de Redacción.

51. La Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 [1] a 21 [4] en la 3213.ª sesión, celebrada el 30 de mayo de 2014. Así pues, aprobó una serie de 21 artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre en primera lectura (secc. C.1 *infra*).

52. En sus sesiones 3238.ª y 3239.ª, los días 5 y 6 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo sobre la protección de las personas en casos de desastre en primera lectura (secc. C.2 *infra*).

53. En su 3239.ª sesión, el 6 de agosto de 2014, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los gobiernos, las organizaciones internacionales competentes, el CICR y la FICR para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que presentaran dichos comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de enero de 2016. La Comisión también indicó que agradecería recibir para la misma fecha comentarios y observaciones sobre el proyecto de artículos de las Naciones Unidas, incluidas la OCAH y la UNISDR.

54. En su 3239.ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2014, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, por su excelente contribución, que había permitido a la Comisión llevar a buen término la primera lectura del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre.

C. Texto del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

55. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

Artículo 1 [1]*[241]. *Ámbito de aplicación

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

Artículo 2 [2]. Objeto

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

Artículo 3 [3]. Definición de desastre

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

Artículo 4. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

***a*) «Estado afectado» es el Estado en cuyo territorio o bajo la jurisdicción o el control del cual las personas, los bienes o el medio ambiente resultan afectados por un desastre;**

***b*) «Estado que presta asistencia» es un Estado que presta asistencia a un Estado afectado a su solicitud o con su consentimiento;**

***c*) «otro actor que presta asistencia» es una organización intergubernamental competente, o una organización no gubernamental pertinente o cualquier otra entidad o individuo extranjeros al Estado afectado, que presta asistencia a ese Estado a su solicitud o con su consentimiento;**

***d*) «asistencia externa» es el personal de socorro, el equipo y los bienes, y los servicios proporcionados a un Estado afectado por los Estados u otros actores que prestan asistencia para el socorro en casos de desastre o la reducción del riesgo de desastres;**

***e*) «personal de socorro» es el personal civil o militar enviado por un Estado u otro actor que presta asistencia a fin de proporcionar socorro en casos de desastre o reducir el riesgo de desastres;**

***f*) «equipo y bienes» son los suministros, las herramientas, las máquinas, los animales especialmente entrenados, los alimentos, el agua potable, los suministros médicos, los medios de alojamiento, la ropa de vestir y de cama, los vehículos y demás objetos para el socorro en casos de desastre o la reducción del riesgo de desastres.**

Artículo 5 [7]. Dignidad humana

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

(Continuación de la nota 240.)

b) se entiende por «Estado que presta asistencia» un Estado que presta asistencia a un Estado afectado que la ha pedido o la ha aceptado;

c) el término «otros actores que prestan asistencia» se refiere a una organización internacional, organización no gubernamental o cualquier otra entidad o persona, ajena al Estado afectado, que colabora en la reducción del riesgo de desastres o la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre;

d) el término «asistencia externa» se refiere a personal, equipo y bienes y servicios de socorro que proporciona a un Estado afectado un Estado que presta asistencia u otros actores que prestan asistencia orientada a prevenir las catástrofes o reducir sus consecuencias o atender a las necesidades de los damnificados;

e) el término «equipo y bienes» incluye suministros, herramientas, máquinas, animales especialmente entrenados, alimentos, agua potable, suministros médicos, medios de refugio, prendas de vestir, ropa de cama, vehículos y otros objetos que se necesitan para prestar asistencia para el socorro en casos de desastre y que son indispensables para la supervivencia y la atención a las necesidades esenciales de las víctimas de desastres;

f) se entiende por «organización no gubernamental pertinente» toda organización, incluidas las entidades privadas o sociedades, distinta de un Estado u organización gubernamental o intergubernamental, que actúa de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios y que debido a su índole, ubicación o pericia está interesada en la reducción del riesgo de desastres o en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre;

g) se entiende por «personal de socorro» el personal especializado, incluido el personal militar, que colabora en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre en nombre de un Estado que presta asistencia u otro actor que presta asistencia, en su caso, y que cuenta con el equipo y los bienes necesarios;

h) se entiende por «riesgo de desastres» la probabilidad de que se produzcan consecuencias perjudiciales o pérdidas en materia de vidas humanas o salud, medios de subsistencia, bienes y actividad económica o daños al medio ambiente, como resultado de un desastre.»

---

[241] Los números de los proyectos de artículo aprobados anteriormente por la Comisión a título provisional se indican entre corchetes.

Artículo 6 [8]. Derechos humanos

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

Artículo 7 [6]. Principios humanitarios

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

Artículo 8 [5]. Deber de cooperar

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

Artículo 9 [5 **bis***]. Formas de cooperación*

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

Artículo 10 [5 **ter***]. Cooperación para reducir el riesgo de desastres*

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

Artículo 11 [16]. Deber de reducir el riesgo de desastres

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

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

Artículo 12 [9]. Papel del Estado afectado

1. El Estado afectado, en virtud de su soberanía, tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en su territorio.

2. El Estado afectado ejerce el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicho socorro y asistencia.

Artículo 13 [10]. Deber del Estado afectado de buscar asistencia externa

El Estado afectado, en la medida en que un desastre supere su capacidad nacional de respuesta, tiene el deber de buscar asistencia de otros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y organizaciones no gubernamentales pertinentes, según proceda.

Artículo 14 [11]. Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa

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

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

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

Artículo 15 [13]. Condiciones de prestación de la asistencia externa

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

Artículo 16 [12]. Ofrecimientos de asistencia externa

Al responder a los desastres, los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes tienen derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado. Las organizaciones no gubernamentales pertinentes también pueden ofrecer asistencia al Estado afectado.

Artículo 17 [14]. Facilitación de la asistencia externa

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

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

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

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

Artículo 18. Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro

El Estado afectado deberá adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro presentes en su territorio con el fin de proporcionar asistencia externa.

Artículo 19 [15]. Terminación de la asistencia externa

El Estado afectado y el Estado que presta asistencia y, en su caso, los otros actores que prestan asistencia, consultarán entre sí sobre la terminación de la asistencia externa y sus modalidades. El Estado afectado, el Estado que presta asistencia, o los otros actores que prestan asistencia que deseen la terminación, suministrarán la notificación apropiada.

Artículo 20. Relación con normas especiales u otras normas del derecho internacional

El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de las normas especiales u otras normas del derecho internacional aplicables en casos de desastre.

Artículo 21 [4]. Relación con el derecho internacional humanitario

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

2. Texto del proyecto de artículos con los comentarios

56. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura. El texto comprende una versión refundida de los comentarios aprobados hasta ahora por la Comisión, incluidas las modificaciones y adiciones incorporadas a los comentarios aprobados previamente y los comentarios aprobados en el 66.º período de sesiones de la Comisión.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

Artículo 1 [1][242]. Ámbito de aplicación

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 [1] delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y recoge la formulación del título del tema. Establece que el proyecto de artículos está orientado principalmente a la protección de las personas cuyas vidas, bienestar y bienes resulten afectados por los desastres. En consecuencia, como dispone el proyecto de artículo 2 [2], de lo que se trata es de facilitar una respuesta adecuada y eficaz a los desastres que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas, al tiempo que se respetan sus derechos.

2) El proyecto de artículos abarca, *ratione materiae*, los derechos y obligaciones de los Estados afectados por un desastre en relación con las personas que se encuentren en su territorio (independientemente de su nacionalidad) o bajo su jurisdicción o control, y los de los terceros Estados y las organizaciones internacionales y otras entidades que están en condiciones de cooperar, particularmente en la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre. Estos derechos y obligaciones se interpretan sobre la base de dos ejes: los derechos y obligaciones de los Estados entre sí, y los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas necesitadas de protección. Si bien el proyecto de artículos se centra principalmente en los primeros, también contempla, aunque en términos generales, los derechos de las personas afectadas por desastres, de conformidad con lo establecido en derecho internacional. Además, como se dice en el proyecto de artículo 3 [3], el proyecto de artículos no se limita a un tipo determinado de desastre.

3) El ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de artículos se circunscribe a las personas físicas afectadas por los desastres. Además, se tienen fundamentalmente en cuenta las actividades de los Estados y las organizaciones internacionales y de otras entidades que gozan de competencia jurídica internacional específica en la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre. El proyecto de artículos solo atañe de manera secundaria a las actividades de las organizaciones no gubernamentales y otros agentes privados, a veces denominados colectivamente agentes de «la sociedad civil», bien en calidad de beneficiarios directos de las obligaciones que incumben a los Estados (por ejemplo, la obligación de los Estados de cooperar, enunciada en el proyecto de artículo 8 [5]), o de manera indirecta, al estar sujetos a las leyes nacionales mediante las que se aplique el proyecto de artículos, sean del Estado afectado, de un tercer Estado o del Estado de nacionalidad de la entidad o del agente privado.

4) Como indica la expresión «en casos de» en el título del tema, el ámbito de aplicación *ratione temporis* del proyecto de artículos se centra principalmente en la respuesta inmediata tras el desastre y la fase de recuperación, incluida la fase de reconstrucción después del desastre. No obstante, el proyecto de artículos, en los proyectos de artículo 10 [5 *ter*] y 11 [16], abarca también, cuando sea oportuno, la fase previa al desastre en lo relativo a la reducción de los riesgos de desastre y las actividades de prevención y mitigación de desastres.

5) El proyecto de artículos no se limita, *ratione loci*, a actividades en el lugar del desastre, sino que abarca también las actividades en los Estados que prestan asistencia y en los Estados de tránsito. Tampoco constituye la naturaleza transfronteriza de un desastre una condición necesaria para poner en marcha la aplicación del proyecto de artículos. No es infrecuente, desde luego, que los grandes desastres tengan efectos transfronterizos, lo cual hace más necesarias la cooperación y la coordinación internacionales. No obstante, abundan los ejemplos de grandes operaciones internacionales de asistencia de socorro en respuesta a desastres que no han rebasado los límites territoriales de un único Estado o de un territorio o zona bajo su jurisdicción o control. Si bien pueden hacerse diferentes consideraciones, salvo indicación en contrario, el proyecto de artículos no mantiene esta distinción. En otras palabras, el proyecto de artículos no está pensado para un determinado tipo o situación de desastre, sino para ser aplicado con flexibilidad a fin de atender a las necesidades derivadas de todos los desastres, independientemente de su efecto transfronterizo.

Artículo 2 [2]. Objeto

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

Comentario

1) Este proyecto de artículo trata del objeto del proyecto de artículos. Aunque no siempre ocurre que los textos preparados por la Comisión contengan una disposición que defina los objetivos de un proyecto de artículos, hay precedentes de ello. El proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en su 58.º período de sesiones contiene una disposición sobre los propósitos (principio 3)[243].

2) La disposición desarrolla el proyecto de artículo 1 [1] (Ámbito de aplicación) ofreciendo orientación adicional sobre el propósito del proyecto de artículos. La principal cuestión planteada es la yuxtaposición de las «necesidades» y los «derechos». La Comisión era consciente del debate abierto en la comunidad de la asistencia humanitaria sobre si hay que preferir un enfoque «basado en los derechos» al enfoque más tradicional «basado en las necesidades», o viceversa. La opinión prevaleciente en la Comisión fue que los dos criterios no tenían que excluirse necesariamente entre sí, sino que era preferible considerarlos complementarios. La Comisión arbitró una fórmula que destacaba la importancia de dar una respuesta que satisficiera de manera adecuada y eficaz las «necesidades» de las personas afectadas por el desastre, respetando plenamente los derechos de estas personas.

[242] Ídem.

[243] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 80.

3) Aunque no es necesariamente un término específico, por «adecuada y eficaz» se entiende una respuesta de alto nivel que atienda las necesidades de las personas afectadas por el desastre. En otros acuerdos se encuentran fórmulas similares, como «eficaz y concertada» y «rápida y eficaz», que figuran en el Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia, de 2005, o «adecuada y eficaz», recogida en el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe, de 1998. Dado el contexto en el que se presta esta respuesta, en el término «eficaz» está implícito el elemento temporal. Cuanto más se retrase la respuesta menos probable es que sea eficaz. Este y otros aspectos de las condiciones de «adecuación» y «eficacia» de la respuesta se tratan en el proyecto de artículo 17 [14]. Pese a ello, se entiende que, si bien se requiere una respuesta de alto nivel, esta tiene que basarse, no obstante, en aquello que sea realista y viable «sobre el terreno» en una situación concreta de desastre. De ahí que no se diga, por ejemplo, que la respuesta tiene que ser «plenamente» eficaz.

4) La Comisión decidió que la disposición no tomaría la forma de una declaración general sobre la obligación de los Estados de asegurar una respuesta adecuada y eficaz, porque se consideró que de esta manera no se pondrían suficientemente de manifiesto los derechos y obligaciones específicos del Estado afectado. No quedaba claro, por ejemplo, si la fórmula distinguiría suficientemente entre las diferentes obligaciones de los distintos Estados, o sea el Estado afectado y los Estados que prestan asistencia. En consecuencia, no se hizo ninguna referencia a los Estados por entender que no era estrictamente necesario en una disposición sobre el objeto del proyecto de artículos. Las obligaciones de los Estados figuran en los proyectos de artículos 11 [16], 12 [9], 13 [10], 14 [11], 17 [14] y 18.

5) La expresión «respuesta a los desastres» debe leerse juntamente con la orientación general del proyecto de artículo 1 [1] de que debe entenderse, cuando corresponda, que la aplicación temporal del proyecto de artículos incluye la reducción de riesgos previa al desastre, la prevención y la fase de mitigación, así como con los proyectos de artículo 10 [5 *ter*] y 11 [16]. Si bien se consideraron otras fórmulas en las que se explicitaban todas las fases de la asistencia, la Comisión prefirió la fórmula actual, más económica, con una redacción que no trata de favorecer una interpretación estricta que haría que la disposición solo fuera aplicable en la fase de respuesta de las actividades de asistencia en casos de desastre.

6) La palabra «facilitar» refleja la concepción de la Comisión en cuanto al papel que podría desempeñar el proyecto de artículos en el conjunto de instrumentos y dispositivos que existen a nivel internacional en el ámbito del socorro y la asistencia en casos de desastre. Se consideró que, si bien el proyecto de artículos no podía de por sí asegurar una respuesta, su objeto era facilitar una respuesta eficaz y adecuada.

7) El adjetivo «esenciales» se insertó después del sustantivo «necesidades» para hacer ver con más claridad que las necesidades a que se hace referencia son las relacionadas con la supervivencia o con necesidades esenciales similares después del desastre. Se consideró que la palabra «esenciales» reflejaba claramente el contexto en el que surgen esas necesidades. Esa referencia debería entenderse mejor en el contexto de la importancia de tener en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables, como se indica en el proyecto de artículo 7 [6].

8) Por «personas afectadas» se entienden las personas directamente afectadas por el desastre y no las afectadas de manera más indirecta; esta expresión se incluyó para delimitar mejor el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, lo cual se ajusta al criterio seguido por los instrumentos existentes, que se centran en la prestación de socorro a las personas directamente afectadas por un desastre. Ello no quiere decir que las personas afectadas de manera más indirecta, por ejemplo por la pérdida de familiares en un desastre, o que hayan sufrido pérdidas económicas como resultado de un desastre ocurrido en otro lugar, no recibirían ninguna reparación; lo que sucede es que la Comisión no tiene el propósito de abordar la situación de estas personas en el proyecto de artículos.

9) En cuanto a la referencia a los derechos, quedó entendido que algunos de los derechos pertinentes son derechos económicos y sociales, que los Estados están obligados a garantizar progresivamente. En consecuencia, la fórmula actual «respetando plenamente» se aceptó por ser más neutra, si bien tiene la connotación activa de que los derechos sean «plenamente» respetados, como se confirma en el proyecto de artículo 6 [8]. Además, la oración deja intencionadamente a las normas pertinentes del derecho internacional la cuestión de la forma en que estos derechos deben aplicarse. Se entiende que, a menudo, existe cierto margen implícito en la aplicación de los derechos, condicionado por la gravedad de los efectos del desastre, que viene condicionado por la envergadura del impacto del desastre, dependiendo de las normas pertinentes que reconozcan o establezcan los derechos en cuestión.

10) La referencia a los «derechos» no se refiere únicamente a los derechos humanos sino también, entre otros, a los derechos adquiridos en virtud de la legislación nacional. La propuesta de elaborar una lista de derechos aplicables no fue aprobada por el simple motivo de que no es posible considerar todos los derechos potencialmente aplicables, y por el temor a que esta lista se prestara a una interpretación *a contrario*, en el sentido de que los derechos que no se mencionasen en ella no eran aplicables. No obstante, se considera la posibilidad de que la referencia incluya derechos aplicables, como el derecho a la vida, reconocido en el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[244].

Artículo 3 [3]. Definición de desastre

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

[244] Véase también: Directrices operacionales sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales, 2006 (documento A/HRC/4/38/Add.1, anexo). Véanse asimismo los párrafos 2 y 3 del comentario al proyecto de artículo 6 [8].

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 [3] tiene por finalidad definir el término «desastre» a los efectos del proyecto de artículos. Se consideró necesario delimitar la definición para captar adecuadamente el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, establecido en el proyecto de artículo 1 [1], sin que, por ejemplo, se incluyesen de manera inadvertida otros acontecimientos graves, como crisis políticas y económicas, que también pueden socavar el funcionamiento de la sociedad. Esta delimitación de la definición se ve claramente en dos de sus características: *a*) el hincapié en la existencia de un acontecimiento que perturbe el funcionamiento de la sociedad, y *b*) la inclusión de una serie de expresiones calificativas.

2) La Comisión consideró el criterio seguido en el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe, de 1998, que considera que el desastre es la consecuencia de un acontecimiento, es decir la grave perturbación del funcionamiento de la sociedad resultante, y no el acontecimiento propiamente dicho. La Comisión era consciente de que este criterio representaba el pensamiento actual de la comunidad de la asistencia humanitaria, como se confirma en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, de 2005, organizada por las Naciones Unidas en Kobe (Hyogo, Japón), y en tratados y otros instrumentos recientes, por ejemplo en las Directrices de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial («Directrices IDRL»), de 2007[245]. No obstante, la opinión prevaleciente fue que la Comisión podía retomar la anterior noción de «desastre» como un acontecimiento específico, ya que estaba elaborando un instrumento jurídico que requería una definición legal más concisa y concreta que otra definición de orientación más normativa.

3) El elemento de la existencia de un acontecimiento está condicionado por varios conceptos. En primer lugar, la referencia a un acontecimiento «calamitoso» sirve para establecer un umbral, en referencia a la naturaleza del acontecimiento, que hace que solo estén incluidos los acontecimientos extremos. Esto se inspiró en la definición contenida en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Brujas de 2003[246], que estableció deliberadamente este umbral más alto para excluir otras crisis graves. La definición de «calamitosos» debe entenderse con la aplicación del calificativo del resto de la disposición, o sea, «[…] que ocasionen pérdidas masivas en vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad», y teniendo presentes el ámbito de aplicación y el objeto del proyecto de artículos, recogidos en los proyectos de artículo 1 [1] y 2 [2]. Además, se habla de un «acontecimiento o una serie de acontecimientos» para abarcar los tipos de acontecimientos que, en sí mismos, tal vez no alcanzasen el umbral fijado pero que, en conjunto, constituirían un acontecimiento calamitoso a los efectos del proyecto de artículos. No se incluye ninguna limitación respecto del origen del acontecimiento, es decir, que sea natural u ocasionado por el hombre, reconociendo el hecho de que los desastres suelen deberse a un conjunto complejo de causas que pueden incluir tanto elementos enteramente naturales como contribuciones de actividades humanas.

4) Dos requisitos de causalidad califican además el acontecimiento. En primer lugar, para que el acontecimiento, o la serie de acontecimientos, pueda considerarse «calamitoso» en el sentido del proyecto de artículos, tiene que ocasionar al menos uno de tres resultados posibles: pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos, o daños materiales o ambientales de gran magnitud. Así pues, un acontecimiento importante, como un fuerte terremoto, que se registre en alta mar o en una zona deshabitada y que no ocasione al menos uno de los tres resultados posibles, no llegaría al umbral establecido en el proyecto de artículo 3 [3]. Otro factor que califica la naturaleza del acontecimiento es el requisito de que uno de los tres resultados posibles, o todos ellos, ocasionen una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad. En otras palabras, un acontecimiento que cause, por ejemplo, pérdidas masivas de vidas humanas pero no perturbe gravemente el funcionamiento de la sociedad no llegaría al umbral requerido. De ahí que, al incluir estos elementos causales, la definición recoja elementos del criterio adoptado en textos contemporáneos, como el Convenio de Tampere, al considerar que la consecuencia del acontecimiento es un aspecto clave de la definición, aunque sea a los fines de establecer el umbral para la aplicación del proyecto de artículos.

5) La expresión «pérdidas masivas en vidas humanas» es un elemento perfilador inspirado en el Código de Conducta de 1995 relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales[247]. El requisito de que haya pérdidas «masivas» de vidas humanas sirve para excluir los acontecimientos que causen relativamente pocas pérdidas de vidas humanas, aunque debe tenerse presente que estos acontecimientos podrían cumplir otro de los requisitos causales. Por otra parte, un acontecimiento que ocasione pérdidas masivas de vidas humanas podría cumplir de por sí el requisito de causalidad y dar lugar a la aplicación del proyecto de artículos, si provocara una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad.

6) La posibilidad de que se hayan ocasionado «grandes sufrimientos y angustia a seres humanos» se incluyó en reconocimiento de que muchos desastres importantes no solo ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas sino

[245] Directrices IDRL, aprobadas en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 26 a 30 de noviembre de 2007 (30IC/07/R4, anexo y anotaciones); véase también FICR, *Introducción a las Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial*, Ginebra, 2008.

[246] Resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional, 2 de septiembre de 2003, Brujas (Bélgica) («resolución sobre asistencia humanitaria»), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II, pág. 262 (disponible en: www.idi-iil.org, *Resolutions*).

[247] *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 133 (enero-febrero de 1996), págs. 128 y ss.

también grandes sufrimientos y angustia a seres humanos. En consecuencia, el proyecto de artículos comprendería aquellos casos en los que el acontecimiento cause pérdidas de vidas relativamente localizadas, gracias a una prevención y preparación adecuada, y a medidas eficaces de mitigación, pero que, no obstante, provoque una gran alteración que ocasione grandes sufrimientos y angustia a seres humanos y perturbe gravemente el funcionamiento de la sociedad.

7) La Comisión incluyó la expresión «daños materiales o ambientales de gran magnitud» en reconocimiento de que los desastres importantes causan daños de gran magnitud a los bienes y el medio ambiente, con la consiguiente perturbación del funcionamiento de la sociedad, como resultado del grave revés para el desarrollo humano y el bienestar que suelen ocasionar estas pérdidas. Debe entenderse que el proyecto de artículos no incluiría los daños ambientales o las pérdidas materiales propiamente dichos, sino más bien la repercusión de estos en las personas, con lo que se evitaría tener en cuenta las pérdidas económicas en general. El establecimiento de un condicionante en función de las pérdidas económicas limitaría innecesariamente el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, por ejemplo impidiendo que se refirieran a actividades destinadas a mitigar las posibles pérdidas de vidas humanas futuras a que dieran lugar los daños causados al medio ambiente.

8) Como ya se ha mencionado anteriormente, el requisito de una perturbación grave del funcionamiento de la sociedad sirve para establecer un umbral alto que excluya del ámbito de aplicación del proyecto de artículos otros tipos de crisis, como las crisis políticas o económicas graves. Estas diferencias en el ámbito de aplicación se justifican asimismo por el objeto del proyecto de artículos, recogido en el proyecto de artículo 2 [2], y por el hecho de que la clase de protección requerida por esos otros tipos de crisis, y los derechos afectados, pueden ser distintos y está regulada, en diversa medida, por otras normas de derecho internacional como se prevé en el proyecto de artículo 20.

9) Si bien los tres posibles resultados previstos ofrecen algunas orientaciones sobre lo que podría representar una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad, la Comisión se abstuvo de incluir otros elementos descriptivos o condicionantes a fin de dejar un margen de discrecionalidad en la práctica.

Artículo 4. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

***a*) «Estado afectado» es el Estado en cuyo territorio o bajo la jurisdicción o el control del cual las personas, los bienes o el medio ambiente resultan afectados por un desastre;**

***b*) «Estado que presta asistencia» es un Estado que presta asistencia a un Estado afectado a su solicitud o con su consentimiento;**

***c*) «otro actor que presta asistencia» es una organización intergubernamental competente, o una organización no gubernamental pertinente o cualquier otra entidad o individuo extranjeros al Estado afectado, que presta asistencia a ese Estado a su solicitud o con su consentimiento;**

***d*) «asistencia externa» es el personal de socorro, el equipo y los bienes, y los servicios proporcionados a un Estado afectado por los Estados u otros actores que prestan asistencia para el socorro en casos de desastre o la reducción del riesgo de desastres;**

***e*) «personal de socorro» es el personal civil o militar enviado por un Estado u otro actor que presta asistencia a fin de proporcionar socorro en casos de desastre o reducir el riesgo de desastres;**

***f*) «equipo y bienes» son los suministros, las herramientas, las máquinas, los animales especialmente entrenados, los alimentos, el agua potable, los suministros médicos, los medios de alojamiento, la ropa de vestir y de cama, los vehículos y demás objetos para el socorro en casos de desastre o la reducción del riesgo de desastres.**

Comentario

1) La práctica habitual de la Comisión, que se refleja en la mayoría de los proyectos de artículo que ha aprobado sobre diversos temas de derecho internacional, ha sido incluir una disposición sobre «términos empleados». Algunos de los términos seleccionados para su inclusión en el proyecto de artículo 4 se señalaron de manera específica en los comentarios sobre varios proyectos de artículo como necesitados de definición. Otros términos se incluyeron en razón de su frecuente aparición en el proyecto de artículos.

Apartado *a*

2) El apartado *a*, en el que se define la expresión «Estado afectado» a los efectos del proyecto de artículos, se inspira en la definición de la misma expresión que figura en las Directrices IDRL[248]. Refleja la orientación básica de que el proyecto de artículos está dirigido principalmente a los Estados. También prevé la importancia crucial del papel que ha de desempeñar el Estado afectado por el desastre, como se establece en el proyecto de artículo 12 [9].

3) La característica fundamental de la respuesta en casos de desastre o la reducción del riesgo de desastres es el control del Estado. En la mayoría de los casos, se trataría del control que ejerce el Estado en cuyo territorio se produce el desastre. Por consiguiente, el supuesto previsto en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 1, de que el Estado afectado, en virtud de su soberanía, tiene el deber de asegurar la protección, queda abarcado por la referencia al «territorio» en el apartado *a*. No obstante, ello no excluye necesariamente otros supuestos en que un Estado pueda ejercer la jurisdicción *de iure*, o el control *de facto*, sobre otro territorio en que se produzca un desastre. La Comisión estimó que el Estado que ejerza

[248] Directrices IDRL (véase la nota 245 *supra*), Introducción, secc. 2, párr. 8: «[p]or “Estado afectado” se entiende el Estado en cuyo territorio personas o propiedades son afectadas por un desastre».

su jurisdicción o control sobre un territorio (que no sea el suyo) o una zona en que se produzca un desastre también se consideraría «Estado afectado» a los efectos del proyecto de artículos. Esa posibilidad está implícita asimismo en el reconocimiento que se hace en el proyecto de artículo 21 [4] de que el proyecto de artículos sería de aplicación en el contexto de los denominados «desastres complejos», que se producen en el mismo territorio en que está teniendo lugar un conflicto armado. La frase «en cuyo territorio o bajo la jurisdicción o el control del cual» se inspira en la definición de «Estado de origen» que figura en el artículo 2, apartado *d*, de los artículos de 2001 sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[249].

4) La Comisión reconoció que la inclusión de los Estados que ejercen su jurisdicción o control suponía que, en casos excepcionales, pudiera haber dos Estados afectados: el Estado en cuyo territorio se produzca el desastre y el Estado que ejerza su jurisdicción o control sobre ese territorio. En la etapa actual, la Comisión consideró que, en ausencia de un acuerdo especial entre ambos Estados, el proyecto de artículo 14 [11] (sobre la exigencia del consentimiento del Estado afectado) no ofrecía una solución definitiva sobre cuál de los Estados afectados debía dar su consentimiento.

5) La definición también tiene por objeto reflejar el enfoque del proyecto de artículos, a saber, el efecto en las personas, en lugar de, por ejemplo, afirmar simplemente que es el Estado en cuyo territorio ocurre un desastre. La referencia a los bienes se ha conservado como otro elemento común a muchos desastres y está implícita en la referencia a «daños materiales […] de gran magnitud» en la definición de desastre que figura en el proyecto de artículo 3 [3], en el entendimiento de que el proyecto de artículos se aplica únicamente a los efectos que tiene la pérdida económica en las personas[250]. La disposición también se ajustó a lo dispuesto en el proyecto de artículo 3 [3], a fin de incluir en su ámbito de aplicación no solo las personas y los bienes afectados por un desastre, sino también los daños causados al medio ambiente.

6) La formulación de la expresión «afectados por un desastre» refleja la opinión actual de que la atención se centra en los efectos de un desastre en las personas y los bienes, y no en el desastre propiamente dicho. También concuerda con el enfoque de la Comisión de examinar las consecuencias del acontecimiento como elemento fundamental a los efectos de determinar el umbral de aplicación del proyecto de artículos[251].

Apartado *b*

7) La definición de «Estado que presta asistencia» que figura en el apartado *b* se basa en la definición de «Estado solidario» contenida en el artículo 1, apartado *f*, del Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, de 2000, habiéndose cambiado la expresión «Estado Beneficiario» por «Estado afectado», que es la empleada en el proyecto de artículos y definida en el apartado *a*. Las palabras «un Estado que presta asistencia» hacen referencia al concepto de «asistencia externa», que se define en el apartado *d* y se basa en el deber de cooperar establecido en el proyecto de artículo 8 [5], leído juntamente con los proyectos de artículos 9 [5 *bis*] y 10 [5 *ter*].

8) Un Estado no se considera «Estado que presta asistencia» hasta que la asistencia se esté prestando o se haya prestado. En otras palabras, un Estado que ofrece asistencia no es un «Estado que presta asistencia», con las diversas consecuencias jurídicas que se desprenden de esa clasificación con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de artículos, hasta que dicha asistencia haya sido aceptada o consentida por el Estado afectado, de conformidad con el proyecto de artículo 14 [11].

9) Las palabras «a su solicitud o con su consentimiento» reflejan la interacción entre los proyectos de artículos 13 [10], 14 [11] y 16 [12]. En particular, reflejan la posición básica adoptada en el proyecto de artículos de que el Estado afectado tiene el deber de buscar asistencia externa cuando el desastre supere su capacidad nacional de respuesta (proyecto de artículo 13 [10]). Al mismo tiempo, prevén la posibilidad de que el Estado afectado reciba ofrecimientos de asistencia no solicitada, según lo dispuesto en el proyecto de artículo 16 [12], cuya prestación está sujeta a su consentimiento, de conformidad con el proyecto de artículo 14 [11].

Apartado *c*

10) El proyecto de artículos también tiene por objeto regular la situación de otros actores que prestan asistencia, además de la de los Estados afectados y los Estados que prestan asistencia. Una proporción considerable de las actividades contemporáneas de reducción del riesgo de desastres y de socorro en casos de desastre son realizadas o auspiciadas por organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas, así como por organizaciones no gubernamentales y otras entidades, e incluso por particulares. Este grupo de actores se denomina colectivamente en el proyecto de artículos «otro actor que presta asistencia». Ello se entiende sin perjuicio de su condición jurídica diferente en virtud del derecho internacional, que se reconoce en el proyecto de artículos, por ejemplo en el proyecto de artículo 16 [12][252].

11) La disposición refleja, en parte, el comentario al proyecto de artículo 19 [15], que confirma el entendimiento de que la expresión «actor que presta asistencia» se refiere principalmente, en los términos empleados en el proyecto de artículo 8 [5], a las «organizaciones intergubernamentales competentes» y las «organizaciones no gubernamentales pertinentes»[253]. Las palabras «o cualquier otra entidad o individuo», que se han tomado

[249] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 162. Los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007.

[250] Véase *supra* el párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 3 [3].

[251] Ibíd., párr. 4.

[252] Véase *infra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 16 [12].

[253] Véase *infra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 19 [15].

del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia[254], se agregaron en reconocimiento de que no todos los actores que participan en actividades de socorro en casos de desastre pueden clasificarse en una u otra de las categorías mencionadas. En particular, esas palabras deben entenderse como un término técnico que designa al CICR y a la FICR.

12) Las palabras «extranjeros al Estado afectado» reflejan la posición, que también se menciona en el comentario al proyecto de artículo 15 [13], de que el proyecto de artículos regula las actividades de actores que son extranjeros al Estado afectado[255]. En consecuencia, quedan excluidas, por ejemplo, las actividades de las organizaciones no gubernamentales nacionales. Tampoco quedaría incluido en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos un actor nacional que prestase o intentase prestar asistencia desde el extranjero.

13) Al igual que la definición de «Estado que presta asistencia» que figura en el apartado *b*, la frase final «que presta asistencia a ese Estado a su solicitud o con su consentimiento» hace referencia a la interacción entre los proyectos de artículo 13 [10], 14 [11] y 16 [12]. También se incluye en reconocimiento de la amplia gama de actividades que realizan generalmente las entidades en cuestión, en el contexto tanto de la reducción del riesgo de desastres como de la prestación de socorro en casos de desastre, y que están reguladas por el proyecto de artículos.

Apartado *d*

14) El apartado *d* trata de definir el tipo de asistencia que, según lo dispuesto en el proyecto de artículos, pueden proporcionar al Estado afectado los Estados que prestan asistencia o los otros actores que prestan asistencia como forma de cooperación prevista en los proyectos de artículo 9 [5 *bis*] y 10 [5 *ter*].

15) La formulación, inspirada en el comentario al proyecto de artículo 15 [13][256], se basa en las Directrices para la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros en Operaciones de Socorro en casos de Desastre («Directrices de Oslo»)[257] y en el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, de 2000[258]. La referencia a «material» en las Directrices de Oslo se sustituyó por «el equipo y los bienes», que son los términos empleados en el proyecto de artículos y definidos en el apartado *f*.

16) La frase «proporcionados a un Estado afectado por los Estados u otros actores que prestan asistencia» reitera el carácter de la relación jurídica entre el Estado o el actor que presta asistencia y el Estado afectado, conforme a lo previsto en el proyecto de artículos.

17) La cláusula final tiene por objeto aclarar la finalidad para la que se debe prestar asistencia externa, a saber, «para el socorro en casos de desastre o la reducción del riesgo de desastres». Si bien la formulación se ha redactado con la terminología técnica de la respuesta en casos de desastre y la reducción del riesgo de desastres, se entiende que se ajusta al objetivo general del proyecto de artículos, enunciado en el proyecto de artículo 2 [2], a saber: «facilitar una respuesta adecuada y eficaz a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos».

Apartado *e*

18) Este apartado tiene por objeto definir el componente relativo al personal de la asistencia externa que proporcionan los Estados que prestan asistencia u otros actores que prestan asistencia. La formulación que se utiliza se inspira en la aprobada por la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 9 [5 *bis*][259]. La definición indica los dos tipos de personal que se suele enviar para proporcionar socorro en casos de desastre o reducir el riesgo de desastres, mencionados en el proyecto de artículo 17 [14], párrafo 1 *a*, a saber, personal «civil» o «militar». La referencia a la segunda categoría también está inspirada en el tratado bilateral concluido en 2000 entre Grecia y la Federación de Rusia[260], y tiene por objeto reconocer la importante función que desempeña el personal militar, como categoría de personal de socorro, en la prestación de asistencia para el socorro en casos de desastre[261]. Si bien la referencia al personal militar es más pertinente en el caso de los Estados que prestan asistencia, la expresión «personal civil» pretende ser suficientemente amplia para abarcar el personal enviado por los Estados que prestan asistencia y los otros actores que prestan asistencia. El hecho de que se trate de opciones abiertas a algunas entidades que prestan asistencia (incluidos los Estados), pero no a todas, viene confirmado por la formulación disyuntiva de la frase («o»).

19) Si bien las palabras «personal civil o militar» se escogieron para ajustarlas a la formulación utilizada en el proyecto de artículo 17 [14], se entiende que ese personal es generalmente personal «especializado», al que se hace referencia en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, en el sentido de que lo que se espera es personal dotado del conjunto de competencias requeridas y del equipo y los bienes necesarios, de conformidad con la definición del apartado *f*, para desempeñar las funciones de que se trate.

20) Las palabras «enviado por» establecen un vínculo entre la entidad que presta asistencia, ya sea un Estado u otro actor, y el personal en cuestión. La Comisión decidió no incluir la expresión «que actúa en nombre de» a fin de evitar la aplicabilidad de las normas de derecho internacional relativas a la atribución de un comportamiento a

[254] Artículo 1, párrafo 1: definición de «entidad que presta asistencia».

[255] Véase *infra* el párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 15 [13].

[256] Ibíd.

[257] *Directrices de Oslo*, Naciones Unidas, Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, revisión 1.1, noviembre de 2007.

[258] Véase el artículo 1, apartado *d* (definición de «asistencia»).

[259] Véase *infra* el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 9 [5 *bis*].

[260] Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Cooperación en materia de Prevención y Respuesta ante Desastres Naturales y Provocados por el Hombre, firmado en Atenas, el 21 de febrero de 2000, art. 1 (definición de «equipo para la prestación de asistencia»).

[261] Véase *infra* el párrafo 4 del comentario del proyecto de artículo 17 [14].

un Estado o a una organización internacional[262], ya que el personal enviado por un Estado o un actor que presta asistencia estaría sujeto a la dirección y el control generales del Estado afectado, de conformidad con el proyecto de artículo 12 [9].

21) El concepto de «personal de socorro» tradicionalmente se ha aplicado en el contexto de la respuesta a los primeros momentos de un desastre. Esta idea se sigue expresando con las palabras «a fin de proporcionar socorro en casos de desastre», que reflejan el tipo de asistencia externa prevista en el proyecto de artículo 17 [14], para la que se requiere la facilitación de la prestación «pronta y efectiva». No obstante, como en el caso de la definición de «asistencia externa» que figura en el apartado *d*, la cláusula final se ha armonizado con el objetivo general del proyecto de artículos, establecido en el proyecto de artículo 2 [2], a fin de prever también la participación del personal de socorro en la reducción del riesgo de desastres, que se contempla en el proyecto de artículo 10 [5 *ter*].

Apartado *f*

22) Como se indica en el apartado *d*, el «equipo» y los «bienes» son un componente fundamental del tipo de asistencia externa prevista en el proyecto de artículos. La formulación se basa en el comentario al proyecto de artículo 17 [14][263], así como en la resolución sobre asistencia humanitaria del Instituto de Derecho Internacional[264]. La lista abarca los tipos de material que en general se acepta que son necesarios para prestar asistencia para el socorro en casos de desastre. El carácter no exhaustivo de la lista se confirma con la referencia a «demás objetos».

23) En términos generales, se prevén dos tipos de material: el «equipo» técnico que requiere el personal de socorro en casos de desastre a fin de desempeñar sus funciones, para su propio sustento y con objeto de prestar socorro, como por ejemplo suministros, herramientas y máquinas, y los «bienes» necesarios para la supervivencia y la atención de las necesidades esenciales de las víctimas de los desastres, como alimentos, agua potable, suministros médicos, medios de alojamiento, prendas de vestir y ropa de cama. Los perros de búsqueda se prevén específicamente en la frase «animales especialmente entrenados», que se ha tomado del anexo específico J del Convenio de Kyoto[265]. La Comisión consideró que la definición era suficientemente flexible para incluir también los servicios que podría prestar el personal de socorro.

Artículo 5 [7]. Dignidad humana

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 [7] se ocupa del principio de la dignidad humana en el contexto de la respuesta a los desastres. La Comisión reconoce que la dignidad humana es el principio fundamental que informa y sustenta las normas internacionales de derechos humanos. En el contexto de la protección de las personas en casos de desastre, la dignidad humana figura como un principio rector, tanto en lo que se refiere a las medidas que se adopten en el contexto de la prestación de socorro como en la evolución constante de la legislación que regula la respuesta a los desastres.

2) El principio de la dignidad humana es consustancial a los instrumentos internacionales de derechos humanos y se ha interpretado en el sentido de que constituye el fundamento último de las normas de derechos humanos. En el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se reafirman «la dignidad y el valor de la persona humana» y en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se dice que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca […] de todos los miembros de la familia humana»[266]. La afirmación del principio de la dignidad humana se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[267], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[268], la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[269], la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[270], la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[271] y la Convención sobre los Derechos del Niño[272]. También se trata de un principio fundamental en el ámbito del derecho internacional humanitario. El concepto de la dignidad de la persona se reconoce en el artículo común 3, párrafo 1 *c*, de los Convenios de Ginebra de 1949[273], los

[262] Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001; véanse, en particular, los artículos 4 a 9. Véanse también los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en su 63.º período de sesiones, *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 87. Los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales figuran en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011; véanse, en particular, los artículos 6 y 7.

[263] Véase *infra* el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 17 [14].

[264] Véase la nota 246 *supra*.

[265] Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros («Convenio de Kyoto»), de 18 de mayo de 1973, revisado por el Protocolo de Enmienda del Convenio, de 26 de junio de 1999 (definición de «envíos de socorro»).

[266] Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

[267] Párrafos del preámbulo; art. 10, párr. 1.

[268] Párrafos del preámbulo; art. 13, párr. 1.

[269] Párrafos del preámbulo.

[270] Ídem.

[271] Ídem.

[272] Ídem, arts. 23, párr. 1; 28, párr. 2; 37; 39 y 40.

[273] Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra; y Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra («Convenios de Ginebra de 1949»), art. común 3, párr. 1 *c* (que recoge la prohibición de «atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes»).

artículos 75 y 85 del Protocolo I[274], y el artículo 4 del Protocolo II[275].

3) El concepto de dignidad humana constituye también el centro de numerosos instrumentos de carácter internacional cuyo objeto es la prestación de socorro humanitario en casos de desastre. Las Directrices IDRL de la FICR estipulan que «los actores que presten asistencia y su personal deberían en todo momento […] respetar la dignidad humana de los damnificados por un desastre»[276]. La Asamblea General, en el preámbulo de su resolución 45/100, de 14 de diciembre de 1990, dice que «dejar a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares sin asistencia humanitaria representa una amenaza a la vida humana y un atentado contra la dignidad humana». El Instituto de Derecho Internacional manifiesta asimismo que dejar de prestar asistencia humanitaria a las víctimas de desastres constituye «un delito contra la dignidad humana»[277].

4) La expresión inicial del proyecto de artículo 5 [7], «al responder a los desastres», refleja el contexto sustantivo en el que se aplica la disposición. Si bien se prevé que esta expresión se dirija primordialmente a la etapa de respuesta y recuperación, la referencia debe leerse a la luz del párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 2 [2]. La Comisión eligió la expresión «al responder» en lugar de la más genérica de «en su respuesta», a fin de reflejar el sentido de continuidad de la obligación de respetar y proteger la dignidad humana de las víctimas durante todo el período de respuesta. La formulación precisa del principio aprobada por la Comisión, a saber la «dignidad inherente a la persona humana», proviene del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del artículo 10, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta formulación también se recoge en instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño[278], y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[279].

5) La oración «los Estados, las organizaciones intergubernamentales competentes y las organizaciones no gubernamentales pertinentes» indica los actores a los que va dirigida la disposición. En su referencia a «los Estados», la Comisión reconoce el papel que desempeñan tanto los Estados afectados como los que prestan asistencia en las actividades de respuesta a los desastres (véanse los proyectos de artículo 12 [9] a 18). En general, la oración reconoce que gran parte de la actividad de la respuesta a los desastres se canaliza a través de organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, y otras entidades no estatales, como la FICR[280]. La Comisión entendió que esta formulación se ajustaba al proyecto de artículo 8 [5], en contraposición a una referencia más general a «otros actores pertinentes».

6) La Comisión adoptó la fórmula «respetarán y protegerán», que se ajusta a la doctrina y la jurisprudencia actuales en materia de normas internacionales de derechos humanos. Esta fórmula se utiliza en una serie de instrumentos relativos al socorro en casos de desastre, como las Directrices de Oslo[281], los Criterios de Mohonk[282], los Principios Rectores de los desplazamientos internos[283] y los Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria[284]. En conjunto, los términos «respetarán y protegerán» indican una obligación negativa de abstenerse de atentar contra la dignidad inherente a la persona humana, y una obligación positiva de adoptar medidas para proteger esa dignidad. Como ejemplo, el deber de protección requiere que los Estados aprueben legislación que prohíba actividades de terceros en circunstancias que puedan constituir una violación del principio del respeto a la dignidad humana. La Comisión consideró que la obligación de «proteger» debe ajustarse a las obligaciones legales de los respectivos actores a los que va dirigida la disposición. Así pues, corresponde al Estado afectado el papel primordial de proteger la dignidad humana en razón de su papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión del socorro y la asistencia en casos de desastre, como se refleja en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 2.

---

[274] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, art. 75, párr. 2 *b* (que recoge la prohibición de «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor»); art. 85, párr. 4 *c* (que establece que cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo, «[l]as prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal» se considerarán infracciones graves del Protocolo).

[275] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II), de 1977, art. 4, párr. 2 *e* (que recoge la prohibición de «[l]os atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor»).

[276] Directrices IDRL (véase la nota 245 *supra*), Parte I, secc. 4, párr. 1.

[277] Resolución sobre asistencia humanitaria, art. II, párr. 1, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (véase la nota 246 *supra*), pág. 268.

[278] Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 *c* (que estipula, entre otras cosas, que «todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana»).

[279] Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica», art. 5, párr. 2 (que dispone, entre otras cosas, que «toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano»).

[280] Véase *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III, párr. 28.

[281] Directrices de Oslo (véase la nota 257 *supra*), párr. 20 (que estipulan que «[d]eben respetarse y protegerse la dignidad y los derechos de todas las víctimas»).

[282] J. M. Ebersole, «The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies» («Criterios de Mohonk»), *Human Rights Quarterly*, vol. 17, n.º 1 (1995), pág. 196 (que estipulan que «deben respetarse y protegerse la dignidad y los derechos de todas las víctimas»).

[283] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo, principio 26 (que establece, entre otras cosas que «se respetará y protegerá a las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros»).

[284] Principios por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria, aprobados por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario en abril de 1993, principio 10 (que estipula que «[l]a asistencia humanitaria puede transitar, llegado el caso, por los llamados "corredores humanitarios", que han de ser respetados y protegidos por las autoridades competentes de las partes concernidas y, si es necesario, bajo la autoridad de las Naciones Unidas»), *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 120 (noviembre-diciembre de 1993), pág. 554.

Artículo 6 [8]. Derechos humanos

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 [8] trata de reflejar el derecho general de las personas afectadas por los desastres a la protección de sus derechos humanos. La Comisión reconoce que existe una estrecha conexión entre los derechos humanos y el principio de dignidad humana reflejado en el proyecto de artículo 5 [7], que se ve reforzada con la cercanía de los dos proyectos de artículo.

2) La referencia general a los «derechos humanos» abarca las obligaciones en materia de derechos humanos recogidas en los acuerdos internacionales pertinentes y reflejadas en el derecho internacional consuetudinario, así como las declaraciones de las mejores prácticas para la protección de los derechos humanos recogidas en textos no vinculantes de ámbito internacional. La Comisión decidió no limitar la disposición a las obligaciones «establecidas en los acuerdos internacionales pertinentes». La formulación adoptada por la Comisión indica el amplio espectro de las obligaciones en materia de derechos humanos, sin especificar, añadir ni calificar esas obligaciones.

3) La Comisión consideró que la referencia a los «derechos humanos» recoge tanto los derechos sustantivos como las limitaciones que existen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En particular, la disposición contempla la facultad del Estado afectado de dejar sin efecto determinados derechos, en los supuestos previstos en el derecho internacional de los derechos humanos en vigor.

4) Como se aclara en el comentario al proyecto de artículo 1 [1], párrafo 3, el ámbito *ratione personae* del proyecto de artículos incluye las actividades de los Estados y de las organizaciones internacionales, así como de otras entidades con competencias jurídicas internacionales específicas en la prestación de asistencia y socorro en casos de desastre. La Comisión reconoce que el ámbito y el contenido de la obligación de proteger los derechos humanos de los afectados por los desastres variarán considerablemente entre esos actores. La neutralidad de la formulación adoptada por la Comisión debe leerse en el entendimiento de que los Estados afectados, los Estados que presten asistencia y los demás actores que presten asistencia tendrán, respectivamente, obligaciones concretas.

5) La referencia al comienzo del proyecto de artículo 6 [8] a «las personas afectadas por los desastres» reafirma el contexto en el que se aplica el proyecto de artículos, y no debe entenderse que implica que las personas que no están afectadas por un desastre no gozan de esos derechos.

Artículo 7 [6]. Principios humanitarios

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 [6] establece los principios humanitarios fundamentales relevantes para la respuesta a los desastres. El título del proyecto de artículo indica que la Comisión considera que los principios mencionados en él constituyen principios humanitarios subyacentes a la asistencia y el socorro en casos de desastre. Partiendo de esta base, la Comisión no consideró necesario determinar si estos principios son también principios generales del derecho internacional, y señaló que no suponen la exclusión de otros principios del derecho internacional pertinentes. La Comisión optó por consagrar los principios en un proyecto de artículo en reconocimiento de la importancia que tienen para la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre.

2) Los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad son principios esenciales reconocidos como el fundamento de la asistencia humanitaria[285]. Asimismo, estos principios son esenciales para las leyes aplicables en las tareas de socorro en casos de desastre. Como ejemplo de ello, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se señala que «[l]a asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad» (anexo, párr. 2).

3) El principio de humanidad es el aspecto esencial de la protección de las personas en derecho internacional. Al tratarse de un elemento tanto de derecho internacional humanitario como de derecho internacional de los derechos humanos, este principio sirve de base para la elaboración de legislación sobre la protección de las personas en casos de desastre. En el ámbito del derecho internacional humanitario, la expresión más clara del principio se encuentra en la exigencia de dar un trato humano recogida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949[286]. No obstante, la Corte Internacional de Justicia afirmó, en la causa del *Canal de Corfú* (fondo), que las consideraciones elementales de humanidad también son principios generales y reconocidos del ordenamiento jurídico internacional, *even more exacting in peace than in war* («aún más exigibles en tiempos de paz que en tiempos de guerra»)[287]. En su comentario sobre los principios de la Cruz Roja, Pictet atribuye tres elementos al principio de humanidad: prevenir y aliviar el sufrimiento, proteger la vida y la salud, y garantizar el respeto de la persona[288]. En el contexto específico del socorro en casos de desastre, en las Directrices de Oslo y en los Criterios de Mohonk se afirma que una de las exigencias del principio de humanidad es que «debe paliarse el sufrimiento humano dondequiera se encuentre»[289].

---

[285] Véase el debate en el memorando de la Secretaría sobre la protección de las personas en casos de desastre (A/CN.4/590 [y Add.1 a 3]) (nota 232 *supra*), párr. 11

[286] Véase, por ejemplo, el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, art. 3, párr. 1 (que estipula que «las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo»).

[287] *Corfu Channel*, fondo, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en particular pág. 22.

[288] J. Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross proclaimed by the Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965: Commentary*, Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1979, págs. 21 a 27; puede consultarse también en la dirección www.icrc.org.

[289] Directrices de Oslo (véase la nota 257 *supra*), párr. 20; Criterios de Mohonk (véase la nota 282 *supra*), pág. 196.

4) Si bien el principio de neutralidad es un principio arraigado en el contexto de los conflictos armados, la Comisión determinó, no obstante, que este principio es aplicable en otros ámbitos del derecho. En la esfera de la asistencia humanitaria, el principio de neutralidad ha adquirido un significado más concreto, que se refleja en el proyecto de artículo 7 [6]. En este ámbito, el principio requiere que la asistencia se preste independientemente de cualquier contexto político, religioso, étnico o ideológico. Tanto en las Directrices de Oslo como en los Criterios de Mohonk se afirma que la asistencia deberá prestarse «sin participar en hostilidades ni tomar partido en las controversias de naturaleza política, religiosa o ideológica»[290]. El principio de neutralidad indica, como tal, el carácter apolítico de la respuesta en casos de desastre, y afirma que las actividades humanitarias no pueden llevarse a cabo con otros fines que los de hacer frente al desastre de que se trate. Este principio garantiza que el interés de las personas afectadas por los desastres sea la preocupación primordial del Estado afectado y de cualquier otro participante relevante en la respuesta en casos de desastre. El respeto del principio de neutralidad es esencial para facilitar el logro de una respuesta adecuada y eficaz a los desastres, como se recoge en el proyecto de artículo 2 [2]. Así pues, la neutralidad puede considerarse un mecanismo para poner en práctica el ideal de humanidad.

5) El principio de imparcialidad abarca tres principios: la no discriminación, la proporcionalidad y la imparcialidad. Por las razones que más adelante se exponen, la Comisión desarrolla el principio de no discriminación no solo como un elemento del proyecto de artículo 7 [6], sino también como un principio independiente de la respuesta a los desastres. La no discriminación tiene como finalidad la eliminación de razones objetivas de discriminación entre las personas, de forma que la prestación de asistencia a los afectados esté guiada exclusivamente por las necesidades de estos. El principio de proporcionalidad estipula que la respuesta en casos de desastre debe ser proporcional a la magnitud del desastre y a las necesidades de las víctimas. Este principio actúa también como un mecanismo distributivo, que permite que la prestación de asistencia se lleve a cabo atendiendo a las necesidades más urgentes. La imparcialidad refleja el principio de que no se establezcan distinciones subjetivas entre las personas en la respuesta a los desastres. En el Comentario al Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 se establece por tanto el concepto de imparcialidad como *a moral quality which must be present in the individual or institution called upon to act for the benefit of those who are suffering* (cualidad moral que debe estar presente en la persona o institución a que se recurra para ayudar a los que sufren)[291]. Como ejemplo, en el proyecto de directrices internacionales para las operaciones de asistencia humanitaria se estipula que la asistencia humanitaria debe prestarse de manera imparcial, sin distinción alguna entre las personas en necesidad urgente[292]. En general, el principio de imparcialidad requiere que la respuesta a los desastres tenga como objetivo el pleno respeto y la cobertura de las necesidades de los afectados por los desastres de manera que se dé prioridad a las necesidades de los especialmente vulnerables.

6) El principio de no discriminación refleja la igualdad inherente de todas las personas y la determinación de que no cabe hacer entre ellas distinción alguna que conlleve un perjuicio. Los motivos prohibidos de discriminación no son exhaustivos y entre ellos figuran el origen étnico, el sexo, la nacionalidad, las convicciones políticas, la raza y la religión[293]. La Comisión determinó que la no discriminación debía recogerse como un principio autónomo, habida cuenta de su importancia para el tema que nos ocupa. Este es el enfoque adoptado también por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2003 sobre la asistencia humanitaria, en la que se estipula que el ofrecimiento y la prestación de asistencia humanitaria se harán «sin discriminación alguna por motivos prohibidos»[294]. Las Directrices IDRL especifican asimismo que la asistencia debe prestarse a las víctimas de los desastres sin «discriminación alguna (por ejemplo, por razones de nacionalidad, raza, etnia, creencias religiosas, clase, género, discapacidad, edad u opiniones políticas)»[295].

7) La Comisión señaló que el principio de no discriminación no debe entenderse de forma que excluya la posibilidad de la «discriminación positiva», cuando proceda. La oración «teniendo en cuenta las necesidades de los especialmente vulnerables» del proyecto de artículo 7 [6] refleja esta idea. La Comisión consideró que el término «vulnerables» abarca tanto a grupos como a personas individuales. Por ello, se prefirió el término neutro «vulnerables» en lugar de «grupos vulnerables» o «personas vulnerables». Se utilizó el modificador «especialmente» en reconocimiento del hecho de que las víctimas de los desastres son, por definición, vulnerables. La formulación específica de «especialmente vulnerables» procede de la Parte I, sección 4, párrafo 3 *a*, de las Directrices IDRL, en las que se hace referencia a las necesidades «de las mujeres y de los grupos particularmente vulnerables, que pueden abarcar a niños, personas desplazadas, ancianos, personas con discapacidades y personas que viven con el VIH y otras enfermedades debilitantes»[296]. También se recoge un modificador en ese sentido en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional, que hace referencia al requisito de tener en cuenta las necesidades de los «más vulnerables»[297].

---

[290] Ibíd.

[291] C. Pilloud *et al.*, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1987, párr. 2800; en el párrafo 2801 del mismo comentario, en nota de pie de página, se mencionan la «Proclamation of the Fundamental Principles of the Red Cross», adoptada en la resolución VIII de la 20.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Viena 1965, y Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross…* (nota 288 *supra*), págs. 33 a 51.

[292] P. MacAlister-Smith, *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991, pág. 4, párr. 6 *a*.

[293] Véanse, entre otros, los Convenios de Ginebra de 1949, art. 3 común, párr. 1; la Declaración Universal de Derechos Humanos (nota 266 *supra*), art. 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 1; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2.

[294] Resolución sobre asistencia humanitaria, art. II, párr. 3, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (véase la nota 246 *supra*), pág. 268.

[295] Directrices IDRL (véase la nota 245 *supra*), Parte I, secc. 4, párr. 2.

[296] Ibíd.

[297] Resolución sobre asistencia humanitaria, art. II, párr. 3, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (véase la nota 246 *supra*), pág. 268.

Artículo 8 [5]. Deber de cooperar

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

Comentario

1) La cooperación internacional efectiva es indispensable para la protección de las personas en casos de desastre. El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales. La Carta de las Naciones Unidas lo consagra, sin lugar a dudas en el contexto humanitario en el que se ubica la protección de las personas en casos de desastre. En el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta se establece claramente que uno de los propósitos de la Organización es:

> Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Los Artículos 55 y 56 de la Carta desarrollan el párrafo 3 del Artículo 1 con respecto a la cooperación internacional. El Artículo 55 de la Carta dice así:

> Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:
>
> *a*) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
>
> *b*) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
>
> *c*) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

El Artículo 56 de la Carta dice lo siguiente:

> Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

El deber general de cooperar fue reiterado como uno de los principios del derecho internacional en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas en los términos siguientes:

> Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias[298].

2) La cooperación adquiere un significado especial en relación con las normas internacionales de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona explícitamente la cooperación internacional como medio de hacer efectivos los derechos que dicho instrumento consagra[299]. Así lo ha reiterado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones generales relativas a la aplicación de derechos concretos garantizados por el Pacto[300]. La cooperación internacional adquirió especial relevancia en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, que es aplicable, entre otros casos, «en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales»[301].

3) En lo relativo a la cooperación en la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre, en su resolución 46/182 la Asamblea General reconoció que:

> La magnitud y la duración de muchas emergencias pueden rebasar la capacidad de reacción de muchos países afectados. Por consiguiente, es sumamente importante la cooperación internacional para enfrentar las situaciones de emergencia y fortalecer la capacidad de reacción de los países afectados. Esa cooperación debería proporcionarse de conformidad con el derecho internacional y las leyes nacionales […][302].

Asimismo, existe gran cantidad de instrumentos de especial relevancia para la protección de las personas en casos de desastre que ponen de manifiesto la importancia de la cooperación internacional en la lucha contra los efectos de los desastres. Además de ser en sí mismos expresiones de cooperación, esos instrumentos reflejan en general el principio de la cooperación en relación con aspectos concretos de la gestión de desastres en el texto del propio instrumento. Habitualmente, en los acuerdos bilaterales ello se refleja en el título del instrumento, que denota cooperación o asistencia (mutua)[303]. Además, en la inmensa mayoría de los casos el imperativo de cooperar, que figura habitualmente en el preámbulo de cada instrumento, se recoge entre los objetivos del propio instrumento o se considera como un factor que puede repercutir positivamente en el logro de tales objetivos. Una vez más el Convenio de Tampere resulta pertinente a este respecto, ya que el párrafo 21 de su preámbulo indica que las partes desean «facilitar la cooperación internacional para mitigar el impacto de las catástrofes». Otro ejemplo puede encontrarse en un acuerdo entre Francia y Malasia:

---

[298] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

[299] Artículos 11, 15, 22 y 23.

[300] Véanse, en particular, las Observaciones generales n.º 2 (Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1990, Suplemento n.º 3* (E/1990/23-E/C.12/1990/3), anexo III), n.º 3 (ibíd., *1991, Suplemento n.º 3* (E/1991/23-E/C.12/1990/8), anexo III), n.º 7 (ibíd., *1998, Suplemento n.º 2* (E/1998/22-E/C.12/1997/10), anexo IV), n.º 14 (ibíd., *2001, Suplemento n.º 2* (E/2001/22-E/C.12/2000/21), anexo IV) y n.º 15 (ibíd., *2003, Suplemento n.º 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), anexo IV).

[301] Artículo 11.

[302] Anexo, párr. 5.

[303] En el anexo II del memorando de la Secretaría sobre la protección de las personas en casos de desastre (A/CN.4/590 y Add.1 a 3) (véase la nota 232 *supra*) puede consultarse una amplia lista de instrumentos pertinentes. Para otra tipología de instrumentos a los efectos del derecho internacional relativo a la respuesta ante casos de desastre, véase H. Fischer, «International disaster response law treaties: trends, patterns and lacunae» en FICR, *International disaster response laws, principles and practice: reflections, prospects and challenges*, Ginebra, 2003, págs. 24 a 44.

Convencidos de la necesidad de que los órganos competentes de ambas partes cooperen en la esfera de la prevención de los riesgos graves y de la protección de las poblaciones, los bienes y el medio ambiente […][304].

4) Sin embargo, no debe entenderse que la cooperación disminuya el papel principal de un Estado soberano dentro de los límites del derecho internacional, reconocido en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 2. Además, el principio de cooperación debe entenderse como un aspecto complementario de la obligación de las autoridades del Estado afectado de ocuparse de las personas afectadas por desastres naturales y otras emergencias similares que se produzcan en su territorio (proyecto de artículo 12 [9], párrafo 1)[305].

5) Una característica fundamental de la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre es la cooperación internacional no solo entre Estados sino también con organizaciones internacionales y no gubernamentales. La importancia de la función de esas organizaciones se viene reconociendo desde hace algún tiempo. En la resolución 46/182, la Asamblea General confirmó que:

Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que actúan de manera imparcial y con fines estrictamente humanitarios deberían seguir aportando su importante contribución a la tarea de complementar los esfuerzos de los países[306].

En una resolución aprobada en 2008, el Consejo Económico y Social reconoció:

los beneficios que genera la colaboración y la coordinación con los agentes humanitarios competentes para la eficacia de la respuesta humanitaria y [alentó] a las Naciones Unidas a seguir procurando reforzar las alianzas en el plano mundial con el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, las organizaciones no gubernamentales humanitarias competentes y los demás participantes del Comité Permanente entre Organismos[307].

6) El proyecto de artículo 8 [5] reconoce la importancia fundamental de la cooperación internacional para las actividades internacionales de socorro y asistencia en casos de desastre, y establece una obligación jurídica para las diversas partes interesadas. Sin embargo, queda entendido que la naturaleza de la obligación de cooperar puede variar según el agente y el contexto en que se pida y se ofrezca la asistencia. La cooperación es recíproca por definición, de manera que la obligación de un Estado de cooperar con una organización internacional, por ejemplo, conlleva la misma obligación por parte de la organización. Se vio que tratar de distinguir la cooperación entre Estados, y entre Estados y organizaciones internacionales (en particular las Naciones Unidas), la FICR y «las organizaciones no gubernamentales pertinentes» no captaba adecuadamente toda la gama de relaciones jurídicas posibles entre los Estados y las diversas entidades mencionadas en la disposición. La naturaleza de la obligación jurídica de cooperar se aborda en disposiciones específicas (de ahí la fórmula introductoria «[d]e conformidad con el presente proyecto de artículos»), en particular en los proyectos de artículo 9 [5 *bis*] y 10 [5 *ter*]. La Comisión insertó la expresión «según proceda», que califica a todo el proyecto de artículo, tanto en el sentido de referencia a disposiciones específicas existentes en materia de cooperación entre las diversas entidades mencionadas en el proyecto de artículo que establecen la naturaleza de la obligación de cooperar, como de indicador de un margen de maniobra a la hora de determinar, sobre el terreno, cuando «procede» o no cooperar.

7) El adjetivo «competentes», que califica a las «organizaciones internacionales», se incluyó para hacer ver que, a los efectos del proyecto de artículos, la cooperación solo sería necesaria con las entidades participantes en la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre. La referencia al CICR se debe a que el proyecto de artículos puede ser aplicable también en caso de emergencias complejas que tengan lugar en una situación de conflicto armado[308].

Artículo 9 [5 bis*]. Formas de cooperación*

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 [5 *bis*] trata de aclarar las diversas formas que puede revestir la cooperación entre los Estados afectados, los Estados que presten asistencia y otros actores que presten asistencia en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre. En términos generales, la cooperación está consagrada en el proyecto de artículo 8 [5] como un principio rector y un deber fundamental con respecto al tema que se examina, ya que desempeña un papel central en las actividades de socorro en casos de desastre. El papel esencial de la cooperación se presta a un enunciado más detallado de los tipos de cooperación pertinentes en este contexto. Por ello, el presente proyecto de artículo tiene por objeto profundizar en el significado del proyecto de artículo 8 [5], sin crear ninguna obligación jurídica adicional.

2) La lista de las formas de cooperación que figura en el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] —la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos— se inspira de manera general en la segunda oración del párrafo 4 del artículo 17 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobados por la Comisión en su 60.º período de sesiones (2008)[309], que explica la obligación general de cooperar

[304] Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de Malasia sobre cooperación en materia de prevención y gestión de desastres y de protección civil (París, 25 de mayo de 1998), *Journal officiel de la République française*, 9 de diciembre de 1998, pág. 18519 (cuarto párrafo del preámbulo).

[305] Véase la resolución 46/182 de la Asamblea General, anexo, párr. 4. Véase también la Declaración de Hyogo de 2005 (Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, celebrada en Kobe (Japón) del 18 al 22 de enero de 2005 (A/CONF.206/6), cap. I, resolución 1, párr. 4).

[306] Anexo, párr. 5.

[307] Resolución 2008/36, de 25 de julio de 2008, párr. 7.

[308] Véase *infra* el párrafo 2 del comentario del artículo 21 [4].

[309] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54. Los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos figuran en el anexo de la resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008.

que figura en el artículo 7 de esos artículos describiendo la cooperación necesaria en situaciones de emergencia. La segunda oración del párrafo 4 del artículo 17 dice lo siguiente:

> Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal, equipos y provisiones para responder a emergencias, conocimientos científicos y técnicos y asistencia humanitaria[310].

Dado que esta disposición se ha redactado específicamente con referencia a un contexto conexo, a saber, la necesidad de cooperación en caso de una situación de emergencia que afecte a un acuífero transfronterizo, la Comisión consideró que su formulación era un útil punto de partida para la redacción del proyecto de artículo 9 [5 *bis*]. No obstante, el texto del artículo 9 [5 *bis*] se adaptó para reflejar debidamente el contexto y el objeto del presente proyecto de artículos y para garantizar que tuviera en cuenta las principales esferas de cooperación que se contemplan en los instrumentos internacionales que regulan la respuesta a los desastres. Puede encontrarse una formulación similar en la Declaración de la ASEAN sobre Asistencia Mutua en Casos de Desastre Natural, de 26 de junio de 1976, en que se afirma que «los Estados miembros cooperarán, dentro de sus respectivas capacidades, para: *a*) mejorar los cauces de comunicación entre ellos en lo relativo a las alertas de desastres; *b*) el intercambio de expertos y personas en formación; *c*) el intercambio de información y documentación; y *d*) la distribución de suministros médicos, servicios y asistencia de socorro»[311]. De manera análoga, al explicar los ámbitos en que convendría que las Naciones Unidas asumieran una función de coordinación y promovieran la cooperación, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se pide coordinación con respecto al «personal especializado y los grupos de especialistas técnicos, así como […] los suministros, el equipo y los servicios de socorro […]» (anexo, párr. 27).

3) Al comienzo del proyecto de artículo 9 [5 *bis*] se dice que las formas de cooperación se establecen «a los fines del presente proyecto de artículos». Así pues, el proyecto de artículo 9 [5 *bis*], que debe leerse juntamente con los demás proyectos de artículo, está orientado al objeto del tema en su conjunto que se expone en el proyecto de artículo 2 [2], a saber, «facilitar una respuesta adecuada y eficaz a los desastres, que atienda las necesidades esenciales de las personas afectadas respetando plenamente sus derechos». En el contexto del tema que se examina, el objetivo último del deber de cooperar, y por tanto de cualquiera de las formas de cooperación a que se hace referencia en el proyecto de artículo 9 [5 *bis*], es la protección de las personas afectadas por los desastres.

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

5) Habida cuenta de que el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] ilustra posibles formas de cooperación, no pretende imponer a los Estados afectados ni a otros actores que presten asistencia ninguna obligación jurídica adicional de realizar determinadas actividades. Las formas que puede revestir la cooperación dependerán necesariamente de una serie de factores, como la naturaleza del desastre, las necesidades de las personas afectadas y las capacidades del Estado afectado y de otros actores que presten asistencia. Al igual que el propio principio de cooperación, las formas de cooperación del proyecto de artículo 9 [5 *bis*] pretenden ser de naturaleza recíproca, ya que la cooperación no es un acto unilateral, sino que implica la colaboración de múltiples partes[312]. Así pues, el proyecto de artículo no pretende ser una lista de actividades que puede llevar a cabo un Estado que preste asistencia, sino de ámbitos en que puede ser conveniente armonizar los esfuerzos mediante consultas tanto al Estado afectado como a otros actores que presten asistencia.

6) Asimismo, la cooperación en los ámbitos mencionados debe estar en conformidad con los demás proyectos de artículo. Por ejemplo, al igual que ocurre con el proyecto de artículo 8 [5], las formas de cooperación indicadas en el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] deben ser compatibles con el proyecto de artículo 12 [9], que otorga al Estado afectado, «en virtud de su soberanía», el papel principal en la asistencia de socorro en casos de desastre. La cooperación también debe ajustarse a la exigencia del consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa (proyecto de artículo 14 [11]), así como al reconocimiento de que el Estado afectado puede establecer condiciones apropiadas para la prestación de la asistencia externa, en particular en lo que respecta a las necesidades identificadas de las personas afectadas por un desastre y la calidad de la asistencia (proyecto de artículo 15 [13]). La cooperación guarda relación asimismo con el proyecto de artículo 17 [14], en que se reconoce la función del Estado afectado en la facilitación de la prestación pronta y eficaz de asistencia a las personas afectadas por un desastre. Así, y dado que el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] no crea ninguna nueva obligación jurídica, la relación entre el Estado afectado, el Estado que presta asistencia y otros actores que prestan asistencia en lo que respecta a las formas de cooperación antes mencionadas se regulará de conformidad con lo establecido en las demás disposiciones del presente proyecto de artículos.

7) La asistencia humanitaria figura deliberadamente como la primera de las formas de cooperación mencionadas en el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] porque la Comisión considera que este tipo de cooperación tiene una importancia fundamental en el contexto de la prestación

[310] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 47.

[311] *ASEAN Documents Series 1976*.

[312] Véase *supra* el párrafo 6 del comentario del proyecto de artículo 8 [5].

de socorro en casos de desastre. La segunda categoría, la de la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones, pretende ser suficientemente amplia para abarcar la mayoría de las actividades de cooperación en la fase de prestación de socorro en casos de desastre y puede incluir la coordinación logística, la supervisión y la facilitación de las actividades, así como el traslado de personal y equipo para responder al desastre y el intercambio de información sobre el desastre. Si bien el intercambio de información figura con frecuencia en los instrumentos que destacan la cooperación en la fase anterior al desastre como una forma preventiva de reducir el riesgo de desastre[313], la comunicación y la información también son pertinentes en la fase de respuesta en casos de desastre para hacer un seguimiento de la evolución de la situación y facilitar la coordinación de las operaciones de socorro entre los diversos actores implicados. Varios instrumentos tratan la comunicación y el intercambio de información en el contexto de la prestación de socorro en casos de desastre[314]. La mención de «la puesta a disposición de personal de socorro, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos» hace referencia a la provisión de todos los recursos necesarios para las operaciones de respuesta a los desastres. La referencia a «personal» puede entrañar la puesta a disposición de equipos médicos, equipos de búsqueda y salvamento, ingenieros y especialistas técnicos, traductores e intérpretes u otras personas que participen en actividades de socorro en nombre de uno de los actores pertinentes —el Estado afectado, el Estado que presta asistencia o los otros actores que prestan asistencia—, así como la cooperación entre ellos. El término «recursos» incluye conocimientos especializados científicos, técnicos y médicos, así como equipos, herramientas, medicamentos u otros objetos que puedan ser útiles para las actividades de socorro.

8) El proyecto de artículo 9 [5 *bis*] contiene una lista de las posibles formas de cooperación en la fase de respuesta en casos de desastre o fase posterior al desastre. La cooperación en la fase anterior al desastre, en particular la prevención de los desastres, la preparación para los desastres y la mitigación de sus efectos se aborda en el proyecto de artículo 10 [5 *ter*].

Artículo 10 [5 ter*]. Cooperación para reducir el riesgo de desastres*

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

Comentario

1) Mientras que el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] se refiere a las diversas formas que puede adoptar la cooperación en la fase de socorro en casos de desastre, o sea la fase posterior del ciclo del desastre, el proyecto de artículo 10 [5 *ter*] indica que el ámbito de aplicación *ratione temporis* del deber de cooperar, consagrado en términos generales en el proyecto de artículo 8 [5], abarca también la fase previa al desastre. Así pues, mientras que el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] se ocupa de la respuesta a un desastre, el proyecto de artículo 10 [5 *ter*] se refiere a la reducción del riesgo de desastres.

2) La presente disposición define la cooperación a la que se hace referencia relacionándola con la «adopción de medidas que tengan por objeto reducir el riesgo de desastres». Esta oración debe entenderse a la luz de los dos párrafos del proyecto de artículo 11 [16], en particular el párrafo 2, que prevé una serie de medidas orientadas específicamente a la reducción del riesgo de desastres.

3) El proyecto de artículo 10 [5 *ter*] ha sido aprobado sin prejuicio de su ubicación definitiva en el proyecto de artículos, incluida, en particular, su incorporación al mismo tiempo que el proyecto de artículo 9 [5 *bis*] en un nuevo proyecto de artículo 8 [5] revisado. Estas son cuestiones que se han dejado para la segunda lectura del proyecto de artículos.

Artículo 11 [16]. Deber de reducir el riesgo de desastres

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 [16] se ocupa del deber de reducir el riesgo de desastres. Está integrado por dos párrafos. El párrafo 1 establece la obligación básica de reducir el riesgo de desastres adoptando ciertas medidas, y el párrafo 2 presenta una lista indicativa de esas medidas.

2) El proyecto de artículo 11 [16] representa el reconocimiento de la necesidad de abordar en el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, no solo la fase de respuesta ante un desastre, sino también los deberes de los Estados en la etapa anterior al desastre. El concepto de reducción del riesgo de desastres tiene sus orígenes en una serie de resoluciones de la Asamblea General y ha sido desarrollado en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, celebrada en Yokohama (Japón) del 23 al

[313] Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia, art. 18, párr. 1.

[314] Véase, por ejemplo, el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe, art. 3 (en que se insta a «la instalación de equipo de telecomunicaciones terrenales y por satélite para predecir y observar peligros naturales, peligros para la salud y catástrofes, así como para proporcionar información en relación con estos eventos», y al «intercambio entre los Estados Partes y entre estos y otros Estados, entidades no estatales y organizaciones intergubernamentales de información acerca de peligros naturales, peligros para la salud y catástrofes, así como la comunicación de dicha información al público, particularmente a las comunidades amenazadas»); y las Directrices de Oslo (véase la nota 257 *supra*), párr. 54. Véase también el debate en el memorando de la Secretaría sobre la protección de las personas en casos de desastre (A/CN.4/590 [y Add.1 a 3]) (nota 232 *supra*), párrs. 158 a 173.

27 de mayo de 1994[315], el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015[316] y varias sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres.

3) Como se dice en la Declaración de Hyogo de 2005: «deben fomentarse a todos los niveles, desde el individual al internacional, una cultura de prevención de los desastres y de resiliencia, así como estrategias conexas previas a los desastres, que consideramos inversiones sólidas […]. Los riesgos de desastre, los peligros y sus efectos constituyen una amenaza, pero la respuesta adecuada a estos puede y debe llevar a la adopción de medidas para reducir los riesgos y la vulnerabilidad en el futuro»[317]. En la cuarta sesión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, en 2013, se señalaba en el resumen final del Presidente el reconocimiento creciente de que «la prevención y la reducción del riesgo de desastres son una obligación jurídica, la cual abarca las evaluaciones del riesgo, el establecimiento de sistemas de alerta temprana y el derecho a acceder a información sobre el riesgo»[318].

4) La norma recogida en el proyecto de artículo 11 [16] se inspira en las fuentes del derecho mencionadas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La propia Comisión se basa en los principios fundamentales de soberanía del Estado y no intervención, y se inspira en los principios que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, que incluye la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, en particular el derecho a la vida. La protección no solo se refiere a violaciones de hecho de los derechos humanos, sino que conlleva también una obligación efectiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias y apropiadas con objeto de evitar que tengan lugar tales violaciones, independientemente de la procedencia de la amenaza. Así se confirma en decisiones de tribunales internacionales, en particular las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Öneryildiz c. Turquía*[319] y *Budayeva y otros c. Rusia*[320], que afirmaron el deber de adoptar medidas preventivas. Además, el proyecto de artículo 11 [16] se inspira en una serie de principios internacionales de derecho ambiental, como el principio de la «diligencia debida».

5) Un fundamento jurídico importante del proyecto de artículo 11 [16] es la práctica generalizada de los Estados que refleja su compromiso con la reducción del riesgo de desastres. Muchos Estados han celebrado acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales ante la preocupación de reducir el riesgo de desastres, como el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia[321]; el Plan de Acción de Beijing para la reducción del riesgo de desastres en Asia (2005)[322]; la Declaración de Delhi sobre la reducción del riesgo de desastres en Asia de 2007[323]; la Declaración de Kuala Lumpur sobre la Reducción del Riesgo de Desastres en Asia de 2008[324]; la Cuarta Conferencia Ministerial de Asia sobre la reducción del riesgo de desastres, celebrada en Incheon (República de Corea) del 25 al 28 de octubre de 2010, que culminó en la Declaración de Incheon sobre la reducción del riesgo de desastres en la región de Asia y el Pacífico de 2010, la Hoja de ruta regional de Incheon y el Plan de acción para la reducción del riesgo de desastres a través de la adaptación al cambio climático en Asia y en el Pacífico, que reafirman el Marco de Acción y proponen iniciativas para la adaptación al cambio climático y la reducción del riesgo de desastres en Asia, teniendo en cuenta los aspectos vulnerables de la región[325]; la Estrategia regional de África para la reducción del riesgo de desastres, elaborada en 2004 por la Unión Africana, a la que siguió un programa de acción para su aplicación (inicialmente previsto para 2005-2010, pero que después se amplió hasta 2015)[326]; cuatro sesiones de la Plataforma regional africana para la reducción del riesgo de desastres, la más reciente celebrada en 2013[327]; la Estrategia árabe para la reducción del riesgo de desastres 2020, aprobada en la 22.ª reunión del Consejo de ministros árabes encargados del medio ambiente, celebrada en diciembre de 2010[328], y, por último, el Comunicado de Nayarit sobre las líneas de acción para fortalecer la Reducción del Riesgo de Desastres en las Américas (2011)[329].

---

[315] Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales (A/CONF.172/9), cap. I, resolución 1, anexo I: Estrategia de Yokohama para un mundo más seguro: directrices para la prevención de los desastres naturales, la preparación para casos de desastre y la mitigación de sus efectos en que figuran los principios, la estrategia y el plan de acción.

[316] Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres (A/CONF.206/6) (véase la nota 305 *supra*), cap. I, resolución 2: Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres.

[317] Ibíd., resolución 1.

[318] UNISDR, *Memoria. Cuarta sesión de la Plataforma Global para la Reducción del Riesgo de Desastres, Ginebra, del 19 al 23 de mayo de 2013: invertir hoy para un mañana más seguro*, pág. 13 (disponible en: www.preventionweb.net/publications).

[319] *Öneryildiz v. Turkey* [GC], sentencia de 30 de noviembre de 2004, demanda n.º 48939/99, ECHR 2004-XII.

[320] *Budayeva and Others v. Russia*, Primera Sección de la Sala, sentencia de 20 de marzo de 2008, demandas n.ºs15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, ECHR 2008 (extractos).

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

[322] Aprobado en la Conferencia Asiática sobre Reducción de Desastres, celebrada en Beijing del 27 al 29 de septiembre de 2005.

[323] Aprobada en la Segunda Conferencia Ministerial de Asia sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Nueva Delhi los días 7 y 8 de noviembre de 2007.

[324] Aprobada en la Tercera Conferencia Ministerial de Asia sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Kuala Lumpur del 2 al 4 de diciembre de 2008. Para consultar el texto de la Declaración, véase www.preventionweb.net/files/3089_KLDeclarationonDisasterRiskReductioninAsia202008.pdf.

[325] Para consultar el texto de la Declaración, véase www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf. Véase también www.unisdr.org/files/20382_summaryof4hamcdrr.pdf.

[326] Programa de acción ampliado para la aplicación de la Estrategia Regional Africana para la Reducción del Riesgo de Desastre (2006-2015), aprobado en la Segunda Conferencia Ministerial de África sobre la Reducción del Riesgo de Desastres, celebrada en Nairobi del 14 al 16 de abril de 2010 (*Extended Programme of Action for the Implementation of the Africa Regional Strategy for Disaster Risk Reduction (2006–2015) and Declaration of the 2nd African Ministerial Conference on Disaster Risk Reduction 2010*, Introducción, disponible en: www.unisdr.org/files/19613_bookletpoaenglish.pdf). Véase también www.unisdr.org/files/4038_africaregionalstrategy1.pdf.

[327] UNISDR, «Africa seeks united position on disaster risk reduction», 13 de febrero de 2013 (disponible en: www.unisdr.org/archive/31224).

[328] Para consultar el texto de la Estrategia, véase www.unisdr.org/files/18903_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf.

[329] Para consultar el texto del Comunicado, véase www.eird.org/plataforma-2011/pdf/Comunicado-Nayarit-es.pdf.

6) El reconocimiento de ese compromiso se pone de manifiesto además por el hecho de que los Estados hayan incorporado medidas de reducción del riesgo de desastres en los marcos nacionales jurídicos y de políticas. Una compilación de los informes sobre los progresos de los países con respecto a la aplicación del Marco de Acción de Hyogo[330] indica que 64 Estados o zonas, repartidos por todos los continentes y regiones, incluidos los lugares más propensos a sufrir desastres, comunicaron que habían establecido políticas específicas para la reducción del riesgo de desastres. Estos son: Alemania, Anguila, Argelia, Argentina, Armenia, Bangladesh, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Estados Unidos, ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Finlandia, Georgia, Ghana, Guatemala, Honduras, India, Indonesia, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Italia, Japón, Kenya, Líbano, Madagascar, Malasia, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauricio, México, Mongolia, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Democrática Popular Lao, República Dominicana, República Unida de Tanzanía, Saint Kitts y Nevis, Samoa, Santa Lucía, Senegal, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Vanuatu y Venezuela (República Bolivariana de). Más recientemente, la UNISDR ha identificado a 76 Estados que han adoptado plataformas nacionales, definidas como un mecanismo de coordinación para integrar la reducción del riesgo de desastres en las políticas, la planificación y los programas, a fin de aplicar las estrategias de reducción del riesgo de desastres[331]. Varios países han aprobado leyes que abordan específicamente la reducción del riesgo de desastres, ya sea como legislación específica o como parte de un marco jurídico más amplio relativo a la gestión del riesgo de desastres y la respuesta en esos casos, entre los que cabe citar: Argelia[332], Camerún[333], China[334], República Dominicana[335], El Salvador[336], Estonia[337], Francia[338], Guatemala[339], Haití[340], Hungría[341], India[342], Indonesia[343], Italia[344], Madagascar[345], Namibia[346], Nueva Zelandia[347], Pakistán[348], Perú[349], Filipinas[350], República de Corea[351], Eslovenia[352], Sudáfrica[353], Tailandia[354] y Estados Unidos[355].

7) El proyecto de artículo 11 [16] debe leerse en conjunción con las normas de aplicabilidad generales del presente proyecto de artículos, incluidas las que se refieren principalmente a la respuesta ante un desastre.

Párrafo 1

8) El párrafo 1 empieza con las palabras «Todo Estado». La Comisión optó por esta fórmula en lugar de la de «los Estados» para unificarla con los proyectos de artículo ya aprobados, en los que se había tenido cuidado de identificar el Estado o los Estados que tenían el deber jurídico de actuar. En contraposición a los proyectos de artículo que se refieren directamente a la respuesta a los desastres, en los que hay una distinción entre el Estado o los Estados afectados y otros Estados, en la fase anterior al desastre la obligación en cuestión incumbe a cada Estado. Además, del párrafo 2 se desprende claramente que la obligación de reducir el riesgo conlleva medidas adoptadas principalmente en el ámbito nacional. Cualquiera de esas medidas que requiera una interacción entre los Estados o con otros actores que presten asistencia se recoge en el artículo 10 [5 *ter*]. En otras palabras, la obligación corresponde a cada Estado de manera individual. Por tanto, la Comisión decidió no utilizar la expresión «los Estados» también para evitar que quedara implícita de alguna forma una obligación colectiva.

9) El empleo del verbo en futuro indica la existencia de una obligación jurídica internacional de actuar en la manera descrita en el párrafo y es la forma más sucinta de transmitir el sentido de dicha obligación jurídica. Ello se confirma en el título del proyecto de artículo, que se refiere al «deber» de reducir el riesgo de desastres. Si bien cada Estado tiene la misma obligación, la cuestión de los diferentes niveles de capacidad entre los Estados para dar cumplimiento a esa obligación se resuelve con la oración «adoptando las medidas necesarias y apropiadas».

---

[330] Marco de Acción de Hyogo, prioridad de acción 1, indicador clave 1.1. Véase www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/.

[331] Para consultar la lista de Estados que han adoptado plataformas nacionales, véase www.unisdr.org/partners/countries.

[332] Argelia, Ley de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres, de 25 de diciembre de 2004.

[333] Camerún, Decreto n.º 037/PM, de 19 de marzo de 2003, relativo a la creación, la organización y el funcionamiento de un Observatorio Nacional de Riesgos.

[334] China, Ley de Prevención y Atención de Desastres (2002).

[335] República Dominicana, Decreto n.º 874-09 que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley n.º 147-02 sobre Gestión de Riesgos, y deroga los capítulos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto n.º 932-03 (2009).

[336] El Salvador, Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (2005).

[337] Estonia, Ley de Preparación para Situaciones de Emergencia (2000).

[338] Francia, Ley n.º 2003-699 de Prevención de los Riesgos Tecnológicos y Naturales y Reparación de los Daños (2003).

[339] Guatemala, Decreto n.º 109-96, Ley de la Coordinadora Nacional para la Reducción de Desastres de Origen Natural o Provocado (1996).

[340] Haití, Plan Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (2001).

[341] Hungría, Ley n.º LXXIV de Gestión y Organización para la Prevención de Desastres y de Accidentes Graves con Sustancias Peligrosas (1999).

[342] India, Ley n.º 53 de Gestión de Desastres (2005).

[343] Indonesia, Ley n.º 24 de Gestión de Desastres, de 2007.

[344] Italia, Decreto del Primer Ministro de establecimiento de una plataforma nacional para la reducción del riesgo de desastres (2008).

[345] Madagascar, Decreto n.º 2005-866 de aplicación de la Ley n.º 2003-010, de 5 de septiembre de 2003, sobre la Política Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (2005).

[346] Namibia, Ley de Gestión del Riesgo de Desastres (2012).

[347] Nueva Zelandia, Orden del Plan Nacional de Gestión de Emergencias de Defensa Civil 2005 (SR 2005/295), tercera parte.

[348] Pakistán, Ley de Gestión de Desastres Nacionales (2010). Véase también la declaración oficial del Gobierno del Pakistán en la tercera sesión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres, de 2011, disponible en: www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf.

[349] Perú, Ley n.º 29664, que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (2011).

[350] Filipinas, Ley de Filipinas de Gestión del Riesgo de Desastres (2006).

[351] República de Corea, Ley de Medidas contra Desastres Naturales (1995) y Ley Nacional de Gestión de Desastres (2010).

[352] Eslovenia, Ley de Protección contra los Desastres Naturales y de Otra Índole (2006).

[353] Sudáfrica, Ley n.º 57 de Gestión de Desastres (2002).

[354] Tailandia, Ley de Prevención y Mitigación de Desastres (2007).

[355] Estados Unidos, Ley de Mitigación de Desastres (2000).

10) La obligación consiste en «reducir el riesgo de desastres»[356]. La Comisión aprobó la fórmula actual reconociendo el hecho de que el planteamiento actual de la comunidad internacional, reflejado en varios pronunciamientos importantes, en especial en la Declaración de Hyogo emitida en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres de 2005[357], es que debe centrarse la atención en la reducción del riesgo de daños ocasionados por un peligro, que es diferente de la prevención de los desastres en sí mismos. Así pues, en el párrafo 1 se hace hincapié en la reducción del riesgo de desastres. Esto se logra adoptando determinadas medidas con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos.

11) La expresión «adoptando las medidas necesarias y apropiadas» indica la conducta específica que se requiere. Además de la ulterior concreción sobre la legislación y otras normas que se explica en el párrafo 13 *infra*, las «medidas» que hay que adoptar se califican con los adjetivos «necesarias» y «apropiadas», que se ajustan a la práctica común. La determinación de las que podrían ser «necesarias y apropiadas» en un caso concreto debe entenderse en términos del objetivo declarado de las medidas a adoptar, esto es, «prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos» a fin de reducir el riesgo. Esto deberá evaluarse en el contexto más amplio de la capacidad y la disponibilidad de recursos que tenga el Estado en cuestión, como ya se ha señalado en el párrafo 9 *supra*. El requisito fundamental de la debida diligencia es inherente a la idea de «necesarias y apropiadas». Se entiende además que la cuestión de la efectividad de las medidas está implícita en esa fórmula.

12) El párrafo indica, con la expresión «incluso mediante legislación y otras normas», el contexto específico en el que se tomarán las medidas correspondientes. El resultado previsto consiste en una serie de medidas concretas adoptadas típicamente en el contexto de un marco de legislación o de otras normas. Así pues, en el caso de los Estados que aún no dispongan de dicho marco, la obligación general de reducir el riesgo de desastres incluiría también la obligación de establecer dicho marco jurídico a fin de poder adoptar las medidas «necesarias y apropiadas». La expresión «legislación y otras normas» debe entenderse en términos generales para abarcar el mayor número posible de manifestaciones de disposiciones legislativas, al reconocerse de manera general que esas medidas jurídicas son la forma más común y efectiva para facilitar (de ahí el uso de la palabra «mediante») la adopción de medidas de reducción del riesgo de desastres a nivel nacional.

13) El empleo de «incluso» indica que, si bien la «legislación y otras normas» sean tal vez los métodos principales, puede haber otras disposiciones con arreglo a las cuales podrían adoptarse esas medidas. Se eligió el término «incluso» para evitar la interpretación de que siempre se requeriría la aprobación y aplicación de legislación y otras normas específicas. Con ello se da un margen de discrecionalidad a cada Estado para que decida el marco jurídico aplicable, en el entendimiento de que la existencia de un marco jurídico que prevea la adopción de las «medidas necesarias y apropiadas» es un requisito *sine qua non* para la reducción del riesgo de desastres. El empleo del artículo definido «las» delante de «medidas necesarias» desempeña por tanto la función de especificar que no es a cualquier medida general a la que se está haciendo referencia, sino a medidas específicas y concretas orientadas a prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos.

14) La expresión «mediante legislación y otras normas» recoge una referencia a la necesidad de velar por que los mecanismos de aplicación y responsabilidad por incumplimiento se definan en los ordenamientos jurídicos internos. Dado que esas cuestiones, pese a su importancia, no son las únicas que pueden ser objeto de legislación y otras normas en el ámbito de la reducción del riesgo de desastres, especificarlas en el texto del párrafo 1 podría haber dado lugar a una falta de claridad.

15) La última oración, a saber, «con objeto de prevenir y mitigar los desastres, así como prepararse para ellos», sirve para describir el propósito de las medidas «necesarias y apropiadas» que los Estados vayan a adoptar durante la fase previa al desastre, con el objetivo, en última instancia, de reducir su exposición al riesgo de desastres. La oración refleja la fórmula de aceptación generalizada que se utiliza en los principales instrumentos sobre la reducción del riesgo de desastres. La Comisión era consciente de que la adopción de una formulación diferente podría dar lugar a interpretaciones contrarias no buscadas respecto de los tipos de actividad esperados en el proyecto de artículo.

16) Para ilustrar el significado de cada uno de los tres términos utilizados: prevención, mitigación y preparación, la Comisión considera apropiado el recurso a la terminología sobre la reducción del riesgo de desastres preparada por la UNISDR en 2009, con arreglo a la cual:

a) *Prevención* es

> [l]a evasión absoluta de los impactos adversos de las amenazas y de los desastres conexos […].
>
> La prevención (es decir, la prevención de desastres) expresa el concepto y la intención de evitar por completo los posibles impactos adversos mediante diversas acciones que se toman con anticipación […]. Con mucha frecuencia, no es posible evitar por completo las pérdidas y las tareas se transforman en aquellas relativas a la mitigación. Por esta razón, al menos en parte, algunas veces los términos de prevención y de mitigación se utilizan de forma indistinta en su acepción informal[358].

b) *Mitigación* es

> [l]a disminución o la limitación de los impactos adversos de las amenazas y los desastres afines […].
>
> A menudo, no se pueden prevenir en su totalidad todos los impactos adversos de las amenazas, pero se pueden disminuir considerablemente su escala y severidad mediante diversas estrategias y acciones […]. Se debe tener presente que en las políticas relativas al cambio climático se define la «mitigación» de forma diferente, puesto que se utiliza

[356] La Comisión observa la existencia de una diferencia lingüística en la traducción oficial de las Naciones Unidas al francés del término «reducción del riesgo de desastres» (DRR, según las siglas en inglés).

[357] Véase la nota 305 *supra*.

[358] UNISDR, *2009 UNISDR Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*, pág. 25 (disponible en: www.unisdr.org/we/inform/publications/7817).

el término para abordar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que son la fuente del cambio climático[359].

c) *Preparación* es

[e]l conocimiento y las capacidades que desarrollan los gobiernos, los profesionales, las organizaciones de respuesta y recuperación, las comunidades y las personas para prever, responder y recuperarse de forma efectiva de los impactos de los eventos o las condiciones probables, inminentes o actuales que se relacionan con una amenaza […].

La preparación es una acción que se lleva a cabo en el contexto de la gestión del riesgo de desastres. Su objetivo principal es desarrollar las capacidades necesarias para gestionar de forma eficaz todos los tipos de emergencias y lograr transiciones metódicas y ordenadas desde la respuesta hasta una recuperación sostenida. La preparación se basa en el análisis sensato del riesgo de desastres y en el establecimiento de vínculos apropiados con los sistemas de alerta temprana […]. [Las medidas que se adopten] deben recibir el apoyo de las capacidades institucionales, jurídicas y presupuestarias formales […][360].

Párrafo 2

17) El párrafo 2 enumera tres categorías de medidas de reducción del riesgo de desastres, que son: la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores y la instalación y operación de alerta temprana. Como se señala en el párrafo 3, estas tres medidas se destacaban en el resumen del Presidente en la conclusión de la cuarta sesión de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres celebrada en mayo de 2013[361]. La Comisión decidió referirse expresamente a los tres ejemplos enumerados, que reflejan los tipos más destacados que existen en la actualidad en la labor de reducción del riesgo de desastres. La palabra «incluyen» indica que la lista no es exhaustiva. La enumeración de las tres medidas no quiere decir que no existan otras actividades orientadas a la reducción del riesgo de desastres que se estén llevando a cabo en la actualidad, o que puedan llevarse a cabo en el futuro.

18) Las medidas prácticas que pueden adoptarse son innumerables y dependen de las circunstancias sociales, ambientales, financieras, culturales y de otro tipo que sean relevantes. La práctica en los sectores público y privado ofrece gran variedad de ejemplos. Entre ellos cabe citar: las actividades de preparación y educación a nivel comunitario; el establecimiento de marcos institucionales; la planificación para contingencias; la creación de mecanismos de vigilancia; los controles de la utilización de la tierra; las normas sobre construcción; la gestión de los ecosistemas; los sistemas de drenaje; la financiación; y los seguros.

19) Las tres medidas consecutivas enumeradas en el párrafo 2 tienen en común una característica particular: son medios para desarrollar y aplicar muchas de las demás medidas, si no todas ellas, por ejemplo en el proceso de adopción de decisiones, en lo que se refiere a la definición de prioridades o la planificación de inversiones, tanto en el sector público como en el privado.

20) La primera medida, las evaluaciones de riesgo, se refiere a obtener información sobre peligros y vulnerabilidades. Como tal, es el primer paso hacia la adopción de cualquier medida sensata para reducir el riesgo de desastres. Sin una comprensión suficientemente fundada de las circunstancias que rodean a los desastres y sus características, no puede adoptarse ninguna medida eficaz. Las evaluaciones de riesgo llevan también a que se examinen más de cerca las realidades locales y la participación de las comunidades locales.

21) La segunda medida, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, es el siguiente paso. La reducción del riesgo de desastres requiere la participación de todos los actores de los sectores público y privado y de la sociedad civil. La recopilación y difusión debe llevar a que pueda accederse libremente a información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, lo que a su vez permite la adopción de medidas eficaces. Con ello, todos los interesados pueden asumir la responsabilidad por los actos que realicen y determinar mejor las prioridades a efectos de planificación; también promueve la transparencia de las operaciones y el escrutinio y control públicos. La Comisión desea insistir en la conveniencia de que se difunda información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores a la que pueda accederse libremente, que refleja la tendencia prevaleciente centrándose en la importancia del acceso público a dicha información. La Comisión, si bien reconoce la importancia de esa tendencia, entendió que era mejor abordarla en el comentario y no en el cuerpo del párrafo 2, ya que convertirla en un requisito legal uniforme podría ser gravoso para algunos Estados.

22) La tercera medida se refiere a los sistemas de alerta temprana, que son fundamentales tanto para iniciar como para llevar a cabo planes para contingencias, limitando de ese modo la exposición a los peligros; por ello son un requisito previo para la preparación y la respuesta eficaces.

23) Como se ha señalado en el párrafo 11, el proyecto de artículo 11 [16] se refiere a la adopción de las medidas previstas en el Estado. Cualquier componente interestatal estaría recogido en el deber de cooperar del proyecto de artículo 8 [5], leído juntamente con el proyecto de artículo 10 [5 *ter*]. Por ello, la magnitud de todo deber jurídico internacional en relación con cualquiera de las medidas enumeradas y no enumeradas que puedan adoptarse para reducir el riesgo de desastres se determinará en los correspondientes acuerdos o arreglos específicos que cada Estado haya celebrado con otros actores con los que tenga el deber de cooperar.

Artículo 12 [9]. Papel del Estado afectado

1. El Estado afectado, en virtud de su soberanía, tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en su territorio.

2. El Estado afectado ejerce el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicho socorro y asistencia.

[359] Ibíd., pág. 21. La Comisión es consciente de la discrepancia que existe en la concordancia entre las versiones en inglés y en francés respecto del uso oficial en las Naciones Unidas del término «mitigación».

[360] Ibíd., págs. 24 y 25.

[361] Véase la nota 318 *supra*.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 [9] va dirigido al Estado afectado en el contexto de la protección de las personas en casos de desastre en su territorio. El párrafo 1 recoge la obligación del Estado afectado de proteger a las personas y de prestarles socorro y asistencia en casos de desastre de conformidad con el derecho internacional. El párrafo 2 afirma el papel principal que corresponde al Estado afectado en la respuesta a los desastres en su territorio, o en un territorio o zona bajo su jurisdicción o control. El proyecto de artículo 12 [9] se basa en los principios fundamentales de la soberanía y la no intervención, respectivamente, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas[362] y reconocidos en numerosos instrumentos internacionales[363]. En el contexto del socorro en casos de desastre, en la resolución 46/182 de la Asamblea General se afirma que «deberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» (anexo, párr. 3).

2) En el párrafo 1 se afirma que el deber de un Estado afectado de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio se desprende de su soberanía. Esta idea del vínculo entre los derechos soberanos y los deberes correspondientes del Estado fue expresada por el Magistrado Álvarez en su opinión disidente en la causa del *Canal de Corfú*:

> Entendemos por soberanía el conjunto de derechos y atribuciones que un Estado posee en su territorio, con exclusión de todos los demás Estados, y también en sus relaciones con otros Estados.
>
> La soberanía confiere derechos a los Estados y les impone obligaciones[364].

La Comisión contempló varias formulaciones de este concepto, incluidas las expresiones «en el ejercicio de su soberanía» y «en el ejercicio de sus derechos y deberes soberanos», antes de convenir en el presente texto. La expresión explicativa «en virtud de su soberanía» subraya que es al Estado afectado, Estado que se beneficia del principio de no intervención, al que corresponde la obligación de proteger a las personas que se encuentren en su territorio o en un territorio o zona bajo su jurisdicción o control. La Comisión determinó que el término «deber» era más adecuado que el de «responsabilidad». Entendió que la utilización del término «responsabilidad» podría dar lugar a confusión, habida cuenta de su empleo como término técnico en otros ámbitos de la labor de la Comisión.

3) El párrafo 2 refleja también el papel principal que desempeña el Estado en la respuesta a los desastres. Esta posición hunde sus raíces en los principios fundamentales del derecho internacional de soberanía del Estado y no intervención. Por las razones anteriormente expresadas, la Comisión decidió adoptar el término «papel» en lugar de «responsabilidad» al referirse a la posición del Estado afectado. El término «papel» se adoptó en referencia a la resolución 46/182 de la Asamblea General, en la que se afirma, entre otras cosas, que «corresponde al Estado afectado el papel principal en la iniciación, organización, coordinación y prestación de asistencia humanitaria dentro de su territorio» (anexo, párr. 4). También se consideró que el empleo del término «papel» en lugar del de «responsabilidad» permitía a los Estados un margen de valoración a la hora de coordinar las actividades de respuesta a los desastres. La fórmula, que implica la obligación de los Estados de dirigir o controlar las actividades de respuesta en casos de desastre, puede, por otra parte, ser restrictiva para aquellos Estados que prefieran adoptar un papel más limitado en la coordinación de la respuesta a los desastres o que se encuentren con recursos limitados.

4) La primacía del Estado afectado se basa también en el reconocimiento de larga data en derecho internacional de que es el gobierno del Estado el que se encuentra en la mejor posición para calibrar la gravedad de una situación de emergencia y determinar las políticas de respuesta adecuadas. La afirmación recogida en el párrafo 2 de que corresponde al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión del socorro y la asistencia en casos de desastre debe leerse en conjunción con la obligación de cooperación prevista en el proyecto de artículo 8 [5]. En este contexto, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 12 [9], se afirma que el Estado afectado ostentará la posición primordial en las relaciones de cooperación con otros actores pertinentes previstos en el proyecto de artículo 8 [5].

5) La referencia a «la dirección, el control, la coordinación y la supervisión» del socorro y la asistencia en casos de desastre proviene del artículo 4, párrafo 8, del Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe[365]. La Comisión consideró que la fórmula del Convenio de Tampere estaba ganando adeptos en el ámbito del socorro y la asistencia en casos de desastre y que su redacción era más

---

[362] Carta de las Naciones Unidas, Art. 2, párr. 1 («La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros»); Art. 2, párr. 7 («Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII»).

[363] Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (nota 298 *supra*) (que establece, entre otras cosas, que «todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional», que «el uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención», y que «los Estados deben conducir sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial, de conformidad con los principios de la igualdad soberana y la no intervención»). La Corte Internacional de Justicia entendió que «entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una base fundamental de las relaciones internacionales» (*Corfu Channel* (véase la nota 287 *supra*), pág. 35).

[364] *Corfu Channel* (ibíd.), pág. 43. Véase también la opinión expresada por el árbitro Max Huber en el asunto *Island of Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos de América), laudo de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), págs. 829 y ss., en particular pág. 839:

Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States […] («Como ya se ha dicho, la soberanía territorial conlleva el derecho exclusivo a llevar a cabo las actividades del Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros Estados […]»).

[365] «Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará el derecho de los Estados Partes a dirigir, controlar, coordinar y supervisar, al amparo de su legislación nacional, la asistencia de telecomunicaciones proporcionada de acuerdo con el presente Convenio dentro de su territorio.»

actual[366]. La fórmula refleja la posición de que el Estado ejerce el control final sobre la forma en que se llevan a cabo las operaciones de socorro de conformidad con el derecho internacional.

6) La Comisión se apartó del Convenio de Tampere al decidir no incluir una referencia a la «legislación nacional» en la mención del papel principal del Estado afectado. En el contexto del Convenio de Tampere, la referencia a la legislación nacional indica que la coordinación adecuada requiere que esta se ajuste al derecho interno del Estado afectado. La Comisión decidió no incluir esta referencia ante el hecho de que el derecho interno de un Estado afectado pueda no regular o disponer la posición principal del Estado en situaciones de respuesta a los desastres.

Artículo 13 [10]. Deber del Estado afectado de buscar asistencia externa

El Estado afectado, en la medida en que un desastre supere su capacidad nacional de respuesta, tiene el deber de buscar asistencia de otros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y organizaciones no gubernamentales pertinentes, según proceda.

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 [10] aborda la situación particular en la que un desastre supera la capacidad nacional de respuesta de un Estado. En estas circunstancias, el Estado afectado tiene el deber de buscar asistencia de otros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y organizaciones no gubernamentales pertinentes. El deber recogido en el proyecto de artículo 13 [10] es una especificación de los proyectos de artículo 12 [9] y 8 [5]. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 12 [9] se estipula que el Estado afectado, en virtud de su soberanía, tendrá el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. El proyecto de artículo afirma el carácter fundamental de las obligaciones que incumben a los Estados respecto de las personas que se encuentran dentro de sus fronteras. La obligación de cooperar está también subyacente en el deber del Estado afectado de buscar asistencia en la medida en que el desastre supere su capacidad nacional de respuesta. El proyecto de artículo 8 [5] afirma que la obligación de cooperar incumbe no solo a potenciales Estados que presten asistencia, sino también a los Estados afectados cuando dicha cooperación proceda. La Comisión considera que dicha cooperación es procedente y necesaria en la medida en que se vea superada la capacidad nacional del Estado afectado. En estas circunstancias, buscar asistencia es además un elemento del cumplimiento de las obligaciones primordiales del Estado afectado en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional consuetudinario. La existencia del deber de buscar asistencia, que se recoge en el proyecto de artículo 13 [10] contó con el apoyo de la mayoría de los miembros de la Comisión, si bien tuvo la oposición de otros que entendían que, en la actualidad, el derecho internacional no reconoce ese deber.

2) El proyecto de artículo subraya que el deber de buscar asistencia solo surge en la medida en que se vea superada la capacidad nacional de respuesta del Estado afectado. No se considera que todos los desastres desborden la capacidad de respuesta de una nación. Así pues, la Comisión entiende que el presente proyecto de artículo solo es aplicable a una serie de desastres que se ajustan a la definición del proyecto de artículo 3 [3].

3) La Comisión utilizó las palabras «en la medida en que» a fin de aclarar que rara vez cabe calificar como suficiente o insuficiente en términos absolutos la capacidad de respuesta nacional del Estado afectado. Esta capacidad puede verse superada en relación con un aspecto de las operaciones de socorro en casos de desastre, aunque el Estado siga teniendo capacidad para realizar otras operaciones. En general, la oración «en la medida en que un desastre supere su capacidad nacional de respuesta» recoge la situación en la que parezca probable que un desastre supere la capacidad de respuesta nacional del Estado afectado. Este enfoque flexible y proactivo se ajusta al propósito fundamental del proyecto de artículos expresado en su artículo 2 [2]. El enfoque facilita una respuesta adecuada y eficaz a los desastres que se ajuste a las necesidades esenciales de las personas interesadas, respetando plenamente los derechos de estas. El reconocimiento del deber de los Estados en estas circunstancias refleja la preocupación de la Comisión por que se preste de manera oportuna y eficaz asistencia de socorro en casos de desastres.

4) La Comisión considera que el deber de buscar asistencia recogido en el proyecto de artículo 13 [10] también dimana de las obligaciones del Estado afectado con arreglo a los instrumentos internacionales de derechos humanos y al derecho internacional consuetudinario. El recurso al apoyo internacional puede ser un elemento necesario del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado respecto de las personas cuando el Estado afectado considere que sus propios recursos son inadecuados para afrontar las necesidades de protección. Si bien esto puede ocurrir también sin que se produzca ningún desastre, en el contexto de los desastres hay directamente involucrados una serie de derechos humanos, como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y a servicios médicos, el derecho al abastecimiento de agua, el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados, y el derecho a no ser discriminado[367]. La Comisión observa que el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que el deber del Estado respecto de la efectividad del derecho a la vida va más allá del mero respeto de esta e incluye el deber del Estado de proteger y hacer efectivo el derecho sustantivo[368]. El derecho a la vida es inderogable

[366] Véanse por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia, art. 3, párr. 2 (que establece que «la parte que solicite o reciba asistencia ejercerá la dirección, el control, la coordinación y la supervisión general de dicha asistencia en su territorio»); y la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, art. 3 *a* (que establece, entre otras cosas, que, a menos que se acuerde otra cosa, «la dirección, el control, la coordinación y la supervisión generales de la asistencia será responsabilidad, dentro de su territorio, del Estado solicitante»).

[367] Véase el informe preliminar del Relator Especial, *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, párr. 26.

[368] Comité de Derechos Humanos, 16.º período de sesiones (1982), Observación general n.° 6 (Artículo 6 - Derecho a la vida), párr. 5 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/37/40), anexo V, pág. 95).

con arreglo a lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aun en el caso de «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación» (art. 4, párr. 1), entre las que cabe incluir «una catástrofe natural» de conformidad con la Observación general n.º 29 del Comité de Derechos Humanos[369]. En el artículo 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se afirma que, para hacer efectivo el derecho a la alimentación:

> Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en su Observación general n.º 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada que en el caso de que un Estado parte aduzca que la limitación de sus recursos le impide facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que la necesitan:

> el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. […] El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios[370].

Así pues, la Comisión observa que las «medidas apropiadas» que debe adoptar un Estado incluyen buscar asistencia internacional cuando las condiciones en ese Estado sean tales que no pueda hacerse efectivo el derecho a la alimentación. Es relevante el hecho de que esta medida se adoptará cuando el propio Estado afirme que no puede cumplir sus obligaciones.

5) En la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad figuran referencias específicas a la protección de los derechos en casos de desastre. En el artículo 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño se afirma que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que los niños que soliciten u ostenten el estatuto de refugiado, así como los que sean desplazados internos como consecuencia de sucesos, incluidos los desastres naturales, puedan recibir la protección y la asistencia humanitaria apropiadas para el goce de los derechos recogidos en esa Carta y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario en los que los Estados sean parte. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia, en su artículo 11, a la obligación de los Estados respecto de las personas con discapacidad en casos de desastre:

> Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

La Comisión considera que la expresión «todas las medidas necesarias» puede incluir el recurso a una posible asistencia de miembros de la comunidad internacional en caso de que se vea superada la capacidad nacional del Estado afectado. Este enfoque se ajustaría al principio rector de humanidad, de aplicación en el ordenamiento jurídico internacional. La Corte Internacional de Justicia afirmó, en la causa del *Canal de Corfú* (fondo), que las consideraciones elementales de humanidad se entienden como principios generales y bien establecidos del orden jurídico internacional, aún más exigibles en tiempos de paz que de guerra[371]. El proyecto de artículo 7 [6] afirma el carácter central del principio de humanidad en la respuesta a los desastres.

6) La Comisión entiende que el deber de «buscar» asistencia es más adecuado que el deber de «solicitar» asistencia en el contexto del proyecto de artículo 13 [10]. La formulación empleada por la Comisión se hace eco del deber mencionado en la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional, en la que se dice:

> cuando el Estado afectado no pueda prestar suficiente asistencia humanitaria a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción o control *de facto*, buscará asistencia de las organizaciones internacionales competentes y/o de terceros Estados[372].

De manera similar, en las Directrices IDRL de la FICR se estipula lo siguiente:

> El Estado afectado que determine que una situación de desastre rebasa la capacidad nacional para hacerle frente debería buscar asistencia internacional y/o regional para subvenir a las necesidades de los damnificados[373].

Además, los principios rectores anexos a la resolución 46/182 de la Asamblea General (párr. 5) parecen también respaldar el deber implícito de los Estados afectados de buscar la cooperación internacional cuando una emergencia supere su capacidad de respuesta:

> La magnitud y la duración de muchas emergencias pueden rebasar la capacidad de reacción de muchos países afectados. Por consiguiente, es sumamente importante la cooperación internacional para enfrentar las situaciones de emergencia y fortalecer la capacidad de reacción de los países afectados. Esa cooperación debería proporcionarse de conformidad con el derecho internacional y las leyes nacionales.

7) La formulación alternativa de «solicitar» se incorpora en las Directrices de Oslo, en las que se señala que «si se necesita asistencia internacional, el Estado afectado

---

[369] Observación general n.º 29 sobre el artículo 4 (Suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción), 24 de julio de 2001, párr. 5 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/56/40), vol. I, anexo VI, pág. 182).

[370] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 12 (El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)), 11 de mayo de 1999, párr. 17 (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2000, Suplemento n.º 2* (E/2000/22-E/C.12/1999/11), anexo V, pág. 102).

[371] *Corfu Channel* (véase la nota 287 *supra*), pág. 22 (en donde se señala que «las obligaciones de las autoridades de Albania consistían en notificar, para bien de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y de advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del peligro inminente al que quedaban expuestos debido al campo de minas. Estas obligaciones dimanan, no del Convenio de La Haya de 1907, N.º VIII, que es aplicable en tiempos de guerra, sino de ciertos principios generales y bien establecidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad, aún más exigibles en tiempos de paz que de guerra […]»).

[372] Resolución sobre asistencia humanitaria, art. III, párr. 3, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (véase la nota 246 *supra*), pág. 270.

[373] Directrices IDRL (véase la nota 245 *supra*), Parte I, secc. 3.2.

deberá solicitarla o dar su consentimiento lo antes posible al principio del desastre para que dicha asistencia sea lo más eficaz posible»[374]. La Comisión considera que una «solicitud» de asistencia conlleva la implicación de que el consentimiento del Estado afectado se otorga tras la aceptación de dicha solicitud por un tercer Estado. Por su parte, en opinión de la Comisión, el deber de «buscar» asistencia conlleva un enfoque negociado, más amplio, de la prestación de asistencia internacional. El término «buscar» entraña el inicio proactivo por el Estado afectado de un proceso mediante el que puede llegarse a un acuerdo. Por ello, el proyecto de artículo 13 [10] impone al Estado afectado el deber de adoptar medidas positivas, de manera activa, para buscar asistencia cuando el desastre supere su capacidad nacional de respuesta.

8) La Comisión considera que será el Gobierno del Estado afectado el que se encuentre en mejor situación para determinar la gravedad de un desastre y los límites de su capacidad nacional de respuesta. La Comisión entiende que la evaluación de la gravedad del desastre por el Estado afectado debe llevarse a cabo de buena fe. El principio de la buena fe se desarrolla en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que estipula que «todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe» las obligaciones que ha contraído «en virtud de la Carta de las Naciones Unidas», «las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos», y «las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos»[375]. Una evaluación de buena fe de la gravedad de un desastre forma parte del deber del Estado afectado, en virtud de su soberanía, de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 1.

9) La expresión «según proceda» fue adoptada por la Comisión para hacer hincapié en la facultad discrecional del Estado afectado de elegir entre varios Estados, las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales competentes, y organizaciones no gubernamentales pertinentes la asistencia que sea más apropiada para sus necesidades específicas. El término refleja además que el deber de buscar asistencia no implica que el Estado esté obligado a buscar asistencia de todas las fuentes enumeradas en el proyecto de artículo 13 [10]. Así pues, la expresión «según proceda» refuerza el hecho de que corresponde al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre, como se menciona en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 2.

10) La existencia de un deber de buscar asistencia cuando se vea superada la capacidad nacional no debe entenderse en el sentido de que la Comisión no aliente a los Estados afectados a buscar asistencia en situaciones de desastre de menor magnitud. La Comisión considera que la cooperación en la prestación de asistencia en todas las etapas del socorro en casos de desastre es fundamental para la facilitación de una respuesta adecuada y efectiva a los desastres, y una manifestación práctica del principio de solidaridad. Aun cuando el Estado afectado sea capaz de prestar la asistencia necesaria y esté dispuesto a hacerlo, la cooperación y la asistencia de actores internacionales asegurará en muchos casos una respuesta más adecuada, rápida y amplia ante los desastres y una mayor protección de las personas afectadas.

Artículo 14 [11]. Consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 [11] se ocupa del consentimiento del Estado afectado para la prestación de asistencia externa. En general, establece un régimen de consentimiento cualificado de los Estados afectados en relación con las operaciones de socorro en casos de desastre. El párrafo 1 refleja el principio fundamental de que la prestación de asistencia internacional de socorro depende del consentimiento del Estado afectado. El párrafo 2 estipula que el consentimiento para la asistencia externa no se denegará arbitrariamente, y el párrafo 3 determina el deber del Estado afectado de comunicar su decisión sobre el ofrecimiento cuando sea posible.

2) El principio de que la prestación de asistencia externa requiere el consentimiento del Estado afectado es fundamental en derecho internacional. Así, en el párrafo 3 de los principios rectores que figuran en el anexo de la resolución 46/182 de la Asamblea General se dice que «la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado». El Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe estipula que «los Estados Partes no proporcionarán ninguna asistencia de telecomunicaciones en aplicación del presente Convenio sin el consentimiento del Estado Parte solicitante» (art. 4, párr. 5) y en el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia se dice que la asistencia externa o los ofrecimientos de asistencia solo tendrán lugar a solicitud de la parte afectada o con el consentimiento de esta (art. 3, párr. 1). El reconocimiento del requisito del consentimiento del Estado para la prestación de asistencia externa se corresponde con el reconocimiento en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 2, de que el Estado afectado tendrá el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión del socorro y la asistencia en casos de desastre en su territorio.

[374] Directrices de Oslo (véase la nota 257 *supra*), párr. 58.

[375] Véase la nota 298 *supra*.

3) El reconocimiento, en el párrafo 2, de que el derecho del Estado afectado a rechazar un ofrecimiento no es ilimitado pone de manifiesto el carácter dual de la soberanía, que conlleva tanto derechos como obligaciones. Este enfoque se refleja en el párrafo 1 del proyecto de artículo 12 [9], que afirma que el Estado afectado, «en virtud de su soberanía, tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en su territorio». Por otra parte, algunos miembros de la Comisión entendían que el deber de no denegar arbitrariamente el consentimiento para la asistencia externa no estaba reconocido en derecho internacional.

4) La Comisión considera que el deber del Estado afectado de asegurar, en casos de desastre, la protección y la asistencia de las personas que se encuentren en su territorio tiene por objeto proteger la vida y la dignidad de las personas afectadas por los desastres y garantizar el acceso de la asistencia humanitaria a las personas que lo necesiten. Este deber es fundamental para garantizar el derecho a la vida de los que se encuentren en el territorio del Estado afectado[376]. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a la vida reconocido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para asegurar el disfrute de este derecho[377]. Por consiguiente, el rechazo de un ofrecimiento de asistencia podría constituir en determinadas circunstancias una vulneración del derecho a la vida. La Asamblea General reafirmó en sus resoluciones 43/131, de 8 de diciembre de 1988, y 45/100, de 14 de diciembre de 1990, que «dejar a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares sin asistencia humanitaria representa una amenaza a la vida humana y un atentado contra la dignidad humana» (párrafos octavo y sexto del preámbulo, respectivamente).

5) El reconocimiento de que la discrecionalidad del Estado afectado en lo que se refiere al consentimiento no es ilimitada se refleja en los Principios Rectores de los desplazamientos internos. Los Principios Rectores, que acogieron con satisfacción la antigua Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General en resoluciones aprobadas por unanimidad y a los que el Secretario General se refirió como «norma básica internacional para proteger» a los desplazados internos[378], dicen:

> [la aceptación del ofrecimiento de asistencia humanitaria] no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria[379].

El Instituto de Derecho Internacional se ocupó en dos ocasiones de la cuestión del consentimiento en el contexto de la asistencia humanitaria. En el artículo 5, párrafo 2, de su resolución de 1989, que llevaba por título «La protección de los derechos humanos y el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados», se dice, en el texto francés, que es el auténtico, lo siguiente:

> *Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse [où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé] existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires.*
>
> («Los Estados en cuyo territorio existan tales situaciones de necesidad [o la vida o la salud de la población se vean gravemente amenazadas] no rechazarán arbitrariamente ofrecimientos de socorro humanitario.»)[380]

En 2003, el Instituto de Derecho Internacional volvió a examinar esta cuestión y estipuló en su resolución sobre asistencia humanitaria, bajo el epígrafe *Duty of affected States not arbitrarily to reject a* bona fide *offer of humanitarian assistance* («Deber de los Estados afectados de no rechazar arbitrariamente un ofrecimiento de asistencia humanitaria de buena fe»), lo siguiente:

> *Affected States are under the obligation not arbitrarily and unjustifiably to reject a* bona fide *offer exclusively intended to provide humanitarian assistance or to refuse access to the victims. In particular, they may not reject an offer nor refuse access if such refusal would endanger the fundamental human rights of the victims or would amount to a violation of the ban on starvation of civilians as a method of warfare.*
>
> («Los Estados afectados están obligados a no rechazar de manera arbitraria e injustificada un ofrecimiento de buena fe cuya intención sea exclusivamente la prestación de asistencia humanitaria, ni denegar el acceso a las víctimas. En particular, no podrán rechazar un ofrecimiento ni denegar dicho acceso si con ello es probable que estén poniendo en peligro derechos humanos fundamentales de las víctimas o ello equivaliera a una contravención de la prohibición de dejar morir de hambre a civiles como método de guerra.»)[381]

6) El término «denegar» conlleva un elemento temporal en la determinación de la arbitrariedad. Tanto el rechazo de la asistencia como la no comunicación por el Estado afectado de la decisión, de conformidad con el artículo 14 [11], párrafo 3, en un plazo razonable, puede considerarse arbitrario. Este punto de vista se refleja en las resoluciones de la Asamblea General 43/131[382] y 45/100[383], que incluyen ambas los siguientes párrafos en el preámbulo:

> *Preocupada* por las dificultades […] con que pueden tropezar las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares para recibir asistencia humanitaria,
>
> *Convencida* de que, en la prestación de asistencia humanitaria, en particular en el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, [para lo cual] es indispensable tener acceso a las víctimas, la [acción rápida] permite evitar que el número de esas víctimas aumente trágicamente.

---

[376] Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, párr. 1.

[377] Comité de Derechos Humanos, Observación general n.º 6 (Artículo 6 - Derecho a la vida) (véase la nota 368 *supra*), párr. 5: «La expresión "el derecho a la vida es inherente a la persona humana" no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas».

[378] A/59/2005, párr. 210.

[379] E/CN.4/1998/53/Add.2, principio 25, párr. 2.

[380] Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional el 13 de septiembre de 1989 en el período de sesiones celebrado en Santiago de Compostela (España), art. 5 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 63-II, pág. 344; disponible en www.idi-iil.org, *Resolutions*). El texto en francés se ha redactado con una formulación imperativa, mientras que en la traducción al inglés dice: *States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance*. La oración aclaratoria *[où] la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé* se ha extraído del primer párrafo del artículo 5 de esa resolución.

[381] Resolución sobre asistencia humanitaria, art. VIII, párr. 1, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70-II (véase la nota 246 *supra*), pág. 275.

[382] Resolución 43/131 de la Asamblea General, párrafos noveno y décimo del preámbulo.

[383] Resolución 45/100 de la Asamblea General, párrafos octavo y noveno del preámbulo.

Asimismo, el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil de 2000 estipula que los Estados partes, en relación con la prestación de asistencia en casos de desastre, se comprometen a respetar el principio de que los ofrecimientos o solicitudes de asistencia serán examinados y respondidos por los Estados que los reciban en el plazo más breve posible (art. 3 *e*).

7) La expresión «arbitrariamente» hace referencia a las razones en que se basa la decisión del Estado afectado para denegar el consentimiento. La determinación de si la denegación del consentimiento es arbitraria deberá realizarse en cada caso concreto, aunque como norma general cabe mencionar varios principios. En primer lugar, la Comisión considera que la denegación del consentimiento a la asistencia externa no será arbitraria cuando el Estado parte tenga capacidad, y disposición, para proporcionar una respuesta adecuada y efectiva a un desastre teniendo en cuenta sus propios recursos. En segundo lugar, la denegación del consentimiento a recibir asistencia de una fuente externa no será arbitraria cuando el Estado afectado haya aceptado asistencia apropiada y suficiente de otras fuentes. En tercer lugar, la denegación del consentimiento no será arbitraria cuando el ofrecimiento en cuestión no se haga con arreglo al presente proyecto de artículos. En particular, el proyecto de artículo 7 [6] estipula que la asistencia humanitaria deberá tener lugar con arreglo a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, y sobre la base de la no discriminación. Y, a la inversa, cuando el ofrecimiento de asistencia se haga con arreglo al proyecto de artículos y no existan fuentes de asistencia alternativas, cabría inferir fundadamente que la decisión de denegar el consentimiento es arbitraria.

8) La discrecionalidad del Estado afectado para determinar la forma más apropiada de asistencia forma parte de su papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión del socorro y la asistencia en casos de desastre, que se recoge en el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 2. Esta discrecionalidad debe ejercerse de buena fe, con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado afectado[384]. No obstante, la Comisión alienta a los Estados afectados a que den argumentos en los casos en que denieguen el consentimiento a la prestación de asistencia. La aportación de argumentos es fundamental para determinar la buena fe en la decisión del Estado afectado de denegar el consentimiento. La inexistencia de argumentos puede reforzar la idea de que la denegación del consentimiento es arbitraria.

9) En el párrafo 3, la Comisión optó por la fórmula «comunicará su decisión sobre ese ofrecimiento» a fin de dar la máxima flexibilidad a los Estados afectados para determinar la mejor forma de dar una respuesta a los ofrecimientos de asistencia. Se reconoció que una obligación rigurosa de responder formalmente a cada ofrecimiento de asistencia puede imponer a los Estados afectados en situaciones de desastre una carga demasiado pesada. La Comisión considera que con el enunciado actual se cubre una amplia gama de posibles formas de responder, incluida una comunicación general de la decisión del Estado afectado sobre todos los ofrecimientos de asistencia. El párrafo es aplicable tanto a las situaciones en que el Estado afectado acepte la asistencia como a las situaciones en las que el Estado afectado deniegue el consentimiento.

10) La Comisión entiende que el alcance de la expresión «cuando sea posible» es muy limitado. Con ella se hace referencia a situaciones extremas en las que un Estado no pueda adoptar una decisión respecto del consentimiento debido a la inexistencia de un gobierno que actúe o a circunstancias de incapacidad equivalentes. Asimismo, la Comisión entiende que el Estado afectado puede comunicar su decisión en la forma en que considere más adecuada de no darse las circunstancias excepcionales a que se ha hecho referencia en este párrafo.

Artículo 15 [13]. Condiciones de prestación de la asistencia externa

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 [13] se refiere al establecimiento por los Estados afectados de condiciones para la prestación de asistencia externa en su territorio. Afirma el derecho de los Estados afectados a establecer condiciones para esa asistencia que se ajusten al presente proyecto de artículos, a las normas del derecho internacional aplicables y al derecho interno. En el proyecto de artículo se indica la forma de determinar dichas condiciones. La naturaleza de las condiciones debe guiarse por las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y por la calidad de la asistencia. También se exige que, al formular tales condiciones, el Estado afectado indique el alcance y el tipo de la asistencia requerida.

2) El proyecto de artículo desarrolla el principio consagrado en el proyecto de artículo 12 [9], en que se reconoce el papel principal del Estado afectado en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. Al utilizar la fórmula «puede establecer condiciones», que se ajusta al carácter voluntario de la prestación de asistencia, el proyecto de artículo 15 [13] reconoce el derecho del Estado afectado a establecer condiciones para esa asistencia, preferentemente antes de que ocurra el desastre, pero también con respecto a formas concretas de asistencia por actores específicos durante la fase de respuesta. La Comisión hace referencia a la asistencia «externa» porque el alcance de la disposición abarca la

[384] Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (nota 298 *supra*), que señala, entre otras cosas que «cada Estado tiene el deber de cumplir de buena fe» las obligaciones contraídas «en virtud de la Carta de las Naciones Unidas», «las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos», y «las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos» (párr. 1).

asistencia de terceros Estados o de otros actores que presten asistencia, como las organizaciones internacionales competentes, pero no la asistencia procedente de fuentes internas, como las organizaciones no gubernamentales nacionales.

3) El proyecto de artículo limita el derecho de un Estado afectado a condicionar la asistencia, que debe ejercerse de conformidad con las normas jurídicas aplicables. En la segunda oración se describe el marco jurídico en el que pueden imponerse las condiciones, que comprende el «presente proyecto de artículos, […] las normas del derecho internacional aplicables y [el] derecho interno del Estado afectado». La Comisión incluyó las palabras «al presente proyecto de artículos» para destacar que todas las condiciones deben ajustarse a los principios enunciados en el proyecto de artículos, ya que no hay necesidad de repetir una enumeración de los principios humanitarios y jurídicos que ya se abordan en otras disposiciones, en particular la buena fe, la soberanía y los principios humanitarios enunciados en el proyecto de artículo 7 [6], a saber, la humanidad, la neutralidad, la imparcialidad y la no discriminación.

4) La referencia al derecho interno pone de relieve la autoridad de las leyes nacionales en la zona afectada específica. No obstante, no supone la existencia previa de legislación nacional (derecho interno) que aborde las condiciones específicas impuestas por un Estado afectado en caso de desastre. Si bien no se exige que haya legislación nacional específica para poder establecer condiciones, estas deben ajustarse a la legislación nacional pertinente vigente en el Estado afectado, de conformidad con lo previsto en el proyecto de artículo 17 [14].

5) Tanto el Estado afectado como el actor que preste asistencia deben cumplir las normas aplicables del derecho interno del Estado afectado. El Estado afectado solo puede imponer condiciones que se ajusten a esas leyes y el actor que preste asistencia debe cumplir esas leyes en todo momento durante toda la asistencia. Esta reciprocidad no se especifica en el proyecto de artículo, ya que es inherente al principio más amplio del respeto del derecho interno. Los acuerdos internacionales vigentes corroboran la afirmación de que los actores que presten asistencia deben respetar el derecho interno. Por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia dispone en su artículo 13, párr. 2, que «los integrantes de las operaciones de asistencia deberán respetar y acatar todas las leyes y disposiciones nacionales». Otros acuerdos internacionales también exigen que los actores que presten asistencia respeten el derecho interno[385] o que actúen de acuerdo con la legislación del Estado afectado[386].

6) El deber de ayudar a los actores a respetar el derecho interno implica la obligación de exigir que los integrantes de la operación de socorro respeten la legislación y otras normas internas del Estado afectado[387], que el director de la operación de socorro adopte todas las medidas apropiadas para asegurar el respeto de la legislación y otras normas internas del Estado afectado[388] y que el personal que presta asistencia coopere con las autoridades nacionales[389]. La obligación de respetar el derecho interno y de cooperar con las autoridades nacionales del Estado afectado concuerda con el principio fundamental de la soberanía del Estado afectado y el principio de cooperación.

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

8) La Comisión incluyó el término «identificadas» para señalar que las necesidades deben ser evidentes en el momento de establecer las condiciones y que las necesidades pueden cambiar a medida que evoluciona la situación sobre el terreno y se dispone de más información. Esto significa que las condiciones no deben ser arbitrarias, sino que deben tener por objeto proteger a los afectados por un desastre. La utilización de la palabra «identificadas» indica que debe haber algún proceso por el que se pongan de manifiesto las necesidades, que puede revestir la forma de una evaluación de las necesidades, preferentemente también en consulta con los actores que presten asistencia. Sin embargo, el procedimiento para identificar las necesidades no está predeterminado y se permite que el Estado afectado utilice el que más le convenga. Se trata de un requisito flexible que se puede satisfacer en función de las circunstancias del desastre y de las capacidades del Estado afectado. En ningún caso deben las necesidades identificadas impedir o demorar la prestación de asistencia pronta y efectiva. La disposición de la tercera oración tiene por objeto atender «las necesidades esenciales de las personas afectadas» en caso de desastre, expresado en el proyecto de artículo 2 [2], y debe considerarse que refuerza la protección de los derechos y las necesidades de las personas afectadas por desastres. La referencia a las «necesidades» en ambos proyectos de artículo es lo suficientemente amplia como para abarcar las necesidades especiales de las mujeres, los niños, las personas de

[385] Véanse, por ejemplo, la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, de 1991, arts. VIII y XI *d*, y la Convención sobre Asistencia en Caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica, de 1986, art. 8, párr. 7.

[386] Ibíd.; Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados participantes en la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro sobre Colaboración en materia de Asistencia y Respuesta de Emergencia en Casos de Desastre Natural o Provocado por el Hombre, de 1998, arts. 5 y 9.

[387] Véase, por ejemplo, el Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 17 de marzo de 1992, anexo X, párr.1 («El personal que intervenga en la operación de asistencia actuará de conformidad con la legislación pertinente de la Parte requirente»).

[388] Véase, por ejemplo, el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia, art. 13, párr. 2 («El director de la operación de asistencia tomará todas las medidas apropiadas para velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales»).

[389] Véase, por ejemplo, MacAlister-Smith (nota 292 *supra*), párr. 22 *b* («En todo momento durante las operaciones de asistencia humanitaria el personal que presta asistencia […] cooperará con la autoridad competente designada por el Estado receptor»).

edad, las personas con discapacidad y las personas y los grupos vulnerables o desfavorecidos.

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

10) El proyecto de artículo 15 [13] contiene una referencia al «alcance y el tipo de la asistencia requerida», que está en consonancia con acuerdos internacionales anteriores que contienen una disposición similar[390]. Con el uso de las palabras «deberá indicar», el proyecto de artículo hace recaer sobre el Estado afectado la responsabilidad de especificar el tipo y el alcance de la asistencia requerida al establecer condiciones para la asistencia. Al mismo tiempo, ello implica que, una vez determinados, el alcance y el tipo de esa asistencia se comunicarán a los actores que puedan prestarla, lo que facilitaría las consultas. Con ello se aumentará la eficiencia del proceso de asistencia y se garantizará la prestación oportuna de una asistencia adecuada a quienes la necesitan.

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

Artículo 16 [12]. Ofrecimientos de asistencia externa

Al responder a los desastres, los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes tienen derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado. Las organizaciones no gubernamentales pertinentes también pueden ofrecer asistencia al Estado afectado.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 16 [12] se reconoce el interés de la comunidad internacional en la protección de las personas en casos de desastre, que debe considerarse complementario de la función principal del Estado afectado consagrada en el proyecto de artículo 12 [9]. Es una expresión del principio de solidaridad en que se basa todo el conjunto del proyecto de artículos sobre el tema y, en particular, del principio de cooperación consagrado en los proyectos de artículo 8 [5], 9 [5 *bis*] y 10 [5 *ter*].

2) El proyecto de artículo 16 [12] solo se refiere a los «ofrecimientos» de asistencia, no a su «prestación» efectiva. Esos ofrecimientos, ya sean unilaterales o en respuesta a una solicitud, son esencialmente voluntarios y no deben interpretarse como un reconocimiento de la existencia de una obligación jurídica de prestar asistencia. El ofrecimiento de asistencia tampoco impone al Estado afectado la correspondiente obligación de aceptarlo. Con arreglo al principio fundamental de soberanía que informa el conjunto del proyecto de artículos, el Estado afectado puede aceptar en todo o en parte, o no aceptar, los ofrecimientos de asistencia de Estados o de actores no estatales, de conformidad con el proyecto de artículo 14 [11].

El requisito de que los ofrecimientos de asistencia se hagan «conforme al presente proyecto de artículos» implica, entre otras consecuencias, que esos ofrecimientos deben ajustarse a los principios enunciados en este proyecto de artículos, en particular en el proyecto de artículo 7 [6].

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

> El ofrecimiento por un Estado, un grupo de Estados, una organización internacional o un órgano humanitario imparcial como el Comité Internacional de la Cruz Roja de alimentos y artículos médicos a otro Estado en cuyo territorio se vea gravemente amenazada la vida o la salud de la población no puede considerarse una injerencia ilegítima en los asuntos internos de ese Estado. […][391].

4) En el proyecto de artículo 16 [12] se aborda la cuestión de los ofrecimientos de asistencia por terceros a Estados afectados mencionando en dos oraciones separadas los actores que más frecuentemente realizan ese tipo de ofrecimientos cuando ocurre un desastre. En la primera oración se mencionan los Estados, las Naciones Unidas y las otras organizaciones intergubernamentales competentes, mientras que en la segunda se hace referencia a las organizaciones no gubernamentales. La Comisión decidió utilizar una formulación diferente en cada una de las dos oraciones. En la primera optó por el enunciado «tienen derecho a ofrecer asistencia» por motivos de énfasis. Los Estados, las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales no solo tienen derecho a ofrecer asistencia al Estado afectado, sino que también se los alienta a que lo hagan. En cambio, al referirse a las organizaciones no gubernamentales en la segunda oración, la Comisión utilizó las palabras «también pueden ofrecer asistencia» para subrayar la diferencia existente, en términos de naturaleza y condición jurídica, entre la situación de esas organizaciones y la de los Estados y las organizaciones intergubernamentales.

5) En la segunda oración del proyecto de artículo 16 [12] se reconoce la importante función que cumplen esas organizaciones no gubernamentales que, por su naturaleza, ubicación y conocimientos especializados, están en condiciones de proporcionar asistencia en respuesta a un desastre concreto. El papel de los actores no gubernamentales y de otra índole en las operaciones de socorro no es una novedad en el derecho internacional. En los Convenios de Ginebra de 1949 ya se establecía que, en situaciones de conflicto armado:

---

[390] Véase, por ejemplo, el artículo 4, párr. 2, del Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe («El Estado Parte que solicite asistencia de telecomunicaciones especificará el alcance y el tipo de asistencia requerida […]»).

[391] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 63-II (véase la nota 380 *supra*), art. 5, pág. 344.

[…] Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto[392].

Del mismo modo, en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 se dispone lo siguiente:

Las sociedades de socorro establecidas en el territorio de la Alta Parte Contratante, tales como las organizaciones de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos), podrán ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado. La población civil puede, incluso por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos[393].

La Asamblea General subrayó la importante contribución que aportaban a las respuestas en casos de desastre las organizaciones no gubernamentales que actuaban con fines estrictamente humanitarios en su resolución 43/131, de 8 de diciembre de 1988, titulada «Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares», en la que la Asamblea, entre otras cosas, invitó a todos los Estados afectados a «facilitar la prestación por dichas organizaciones de asistencia humanitaria, especialmente el suministro de alimentos, medicamentos y atención médica, para lo cual es indispensable el acceso a las víctimas» (párr. 4) e hizo un llamamiento «a todos los Estados para que presten apoyo a dichas organizaciones, donde sea necesario, en sus actividades de asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares» (párr. 5).

Artículo 17 [14]. Facilitación de la asistencia externa

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

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 [14] se refiere a la facilitación de la asistencia externa. Tiene por objeto velar por que el derecho interno prevea la prestación de asistencia pronta y efectiva. A tal efecto, requiere además que el Estado afectado se asegure de que su legislación y su reglamentación pertinentes sean fácilmente accesibles para los actores que presten asistencia.

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

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

4) En el apartado *a* se hace referencia al personal de socorro. La mención específica del personal de socorro civil y militar indica el reconocimiento de la Comisión de que los militares desempeñan a menudo un papel clave en las operaciones de respuesta en casos de desastre. El personal de socorro militar es el que presta asistencia humanitaria. Los ámbitos mencionados en el apartado proporcionan orientación sobre la mejor forma de tratar al personal. La concesión de privilegios e inmunidades a los actores que presten asistencia es una importante medida prevista en muchos acuerdos internacionales para alentar la ayuda de personal de asistencia extranjero[394]. Es preciso prever la exención o la expedición de visados y permisos de entrada y de trabajo para asegurar la pronta prestación de asistencia[395]. Si no se establece un régimen especial, los trabajadores pueden verse retenidos en las fronteras o imposibilitados para trabajar de forma legal durante los días críticos posteriores a un desastre, o bien obligados a salir y volver a entrar continuamente para no exceder el período de estancia previsto en sus visados. La libertad de circulación supone la capacidad de los trabajadores para moverse libremente por la zona afectada por el desastre a fin de desempeñar debidamente las funciones acordadas específicamente[396]. Los

[392] Véase, por ejemplo, el Convenio de Ginebra de 1949 para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I), art. 3, párr. 2.

[393] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), art. 18, párr. 1.

[394] Véase, por ejemplo, el Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, art. 4, párr. 5 («El Estado beneficiario concederá, en el marco de las legislaciones nacionales, todos los privilegios, inmunidades y servicios que hagan falta para prestar la Asistencia […]»).

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

[396] Véanse las Normas modelo para las operaciones de socorro en casos de desastre, de 1982, Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones, *Model Rules for Disaster Relief Operations*, Policy and Efficacy Studies N.° 8 (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: E.82.XV.PE/8), anexo A, norma 16,

Estados afectados pueden restringir el acceso a determinadas zonas sensibles y dar al mismo tiempo libertad dentro de la zona de que se trate. La restricción innecesaria de la circulación del personal de socorro inhibe la capacidad de los trabajadores de ofrecer una asistencia flexible.

5) En el apartado *b* se hace referencia al equipo y los bienes, que comprenden todos los suministros, herramientas, máquinas, alimentos, medicamentos y demás objetos necesarios para las operaciones de socorro. La Comisión pretende que esta categoría incluya también a los perros de búsqueda, que suelen considerarse como bienes y equipo, en lugar de crear una categoría separada para los animales. Los bienes y el equipo son esenciales para la facilitación de asistencia efectiva y las leyes nacionales deben ser flexibles para atender las necesidades de las personas afectadas por desastres y garantizar la pronta prestación de la asistencia. Es preciso prever la exención o relajación de la reglamentación aduanera y los aranceles, así como de la imposición, a fin de reducir los costos y evitar que los bienes lleguen con retraso[397]. El equipo y los bienes que sufren retrasos pueden perder rápidamente su utilidad y los procedimientos normales establecidos para proteger los intereses económicos de un Estado pueden convertirse en un obstáculo para unos equipos de ayuda que pueden salvar vidas o prestar el socorro necesario.

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

Artículo 18. Protección del personal, el equipo y los bienes de socorro

El Estado afectado deberá adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro presentes en su territorio con el fin de proporcionar asistencia externa.

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 establece la obligación del Estado afectado de adoptar las medidas que serían apropiadas, dadas las circunstancias, para asegurar la protección del personal, el equipo y los bienes de socorro destinados a la prestación de asistencia externa. Teniendo en cuenta las situaciones, a menudo caóticas, a que suelen dar lugar los desastres, las consideraciones de seguridad en relación con esas personas y objetos podrían obstaculizar la realización de actividades para apoyar a las víctimas, reduciendo así la probabilidad de que sus necesidades fundamentales sean debidamente atendidas.

2) Este proyecto de artículo, por tanto, complementa el proyecto de artículo 17 [14] al establecer un conjunto coherente de obligaciones con arreglo a las cuales se espera que el Estado afectado realice una serie de actividades necesarias para garantizar a los Estados que presten asistencia y otros actores que presten asistencia la posibilidad de proporcionar una asistencia eficaz y rápida. No obstante, el enfoque y el planteamiento de ambas disposiciones difieren en cierto modo. El proyecto de artículo 17 [14] pone de relieve la necesidad de que el Estado afectado establezca un ordenamiento jurídico interno que permita facilitar la asistencia externa, principalmente mediante la adopción de una serie de medidas legislativas y otras normas. Por otra parte, la cuestión de la protección del personal de socorro y de su equipo y sus bienes se ha abordado tradicionalmente —y por razones normativas de peso en razón de su naturaleza y del tipo de medidas que han de adoptarse— como una cuestión específica que merece su propio tratamiento por separado, como se hace en el presente proyecto de artículo.

3) Las medidas que debe adoptar el Estado afectado pueden variar en su contenido e implicar diferentes formas de comportamiento de los Estados debido a la influencia del contexto en la naturaleza de la obligación de que se trate. En particular, la flexibilidad inherente al concepto de «medidas apropiadas» sugiere que el Estado afectado puede asumir diferentes obligaciones en función de los actores implicados en posibles amenazas al personal, el equipo y los bienes de socorro.

4) Un requisito preliminar del Estado afectado es evitar que la actuación de sus órganos repercuta negativamente en las actividades de socorro. En este caso, la obligación tiene un carácter de resultado y un contenido claro que impone al Estado afectado el deber de no causar daños al personal, el equipo y los bienes utilizados para la prestación de asistencia externa mediante actos realizados por sus órganos.

5) En segundo lugar, el proyecto de artículo 18 contempla la adopción de una serie de medidas para evitar que agentes no estatales lleven a cabo actividades perjudiciales, por ejemplo con objeto de aprovecharse de las inestables condiciones de seguridad a que pueden dar lugar los desastres para enriquecerse ilícitamente con actividades delictivas dirigidas contra el personal, el equipo y los bienes de socorro en casos de desastre. En este sentido, el proyecto de artículo prevé una obligación de comportamiento y no de resultado. No se espera que el Estado afectado logre evitar, cualesquiera que sean las circunstancias, la comisión de actos perjudiciales, sino que se esfuerce por lograr el objetivo buscado por la obligación de que se trate. En particular, las palabras «medidas apropiadas» dejan al Estado afectado un margen de discrecionalidad para decidir las medidas que ha de adoptar a este respecto. Se exige que el Estado actúe de manera razonablemente prudente y diligente, intentando evitar sucesos perjudiciales que puedan provocar agentes no estatales. Las medidas que adopten los Estados para hacer todo lo que esté en su mano por lograr el objetivo previsto dependen del contexto. Por consiguiente, en el proyecto de artículo 18 no se enumeran los medios para lograr el resultado perseguido, ya que esta obligación puede adoptar un carácter dinámico según la evolución de la situación.

en que se establece que el Estado afectado permitirá que «el personal de socorro designado acceda libremente a las zonas afectadas por el desastre y circule libremente por ellas, según resulte necesario para el desempeño de sus funciones acordadas específicamente».

[397] Esto se pone de relieve en diversos tratados internacionales. Véase, por ejemplo, el Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en Casos de Catástrofe, art. 9, párr. 4; véase también el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia, art. 14 *b*.

6) Diversas circunstancias podrían ser pertinentes para evaluar la idoneidad de las medidas que se adopten en una situación de desastre en cumplimiento de esta obligación. Entre ellas cabe citar las dificultades con que pueda encontrarse un Estado al tratar de desempeñar sus actividades ordinarias debido a la caótica situación creada por el desastre y el nivel de los recursos de que disponga el Estado de que se trate, que podrían haberse visto gravemente afectados por el desastre. También se incluyen las condiciones de seguridad imperantes en la zona de operaciones y la actitud y el comportamiento de los actores humanitarios que participan en las operaciones de socorro, que podrían ignorar la función rectora atribuida a las autoridades locales y aumentar así la posibilidad de correr riesgos de seguridad. Además, si se cometen actos perjudiciales contra el personal, el equipo y los bienes de socorro, el Estado afectado los afrontará ejerciendo su competencia inherente para reprimir los delitos cometidos en la zona en que se produzca un desastre.

7) Los agentes humanitarios internacionales pueden contribuir también al logro del objetivo buscado adoptando, en la planificación y ejecución de sus operaciones, una serie de medidas de mitigación con miras a reducir su vulnerabilidad frente a amenazas de seguridad. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la elaboración de códigos de conducta adecuados en esta esfera, la organización de actividades de capacitación y el suministro de información apropiada sobre las condiciones en que su personal ha de actuar y las normas de conducta que ha de cumplir. En todo caso, la adopción de esas medidas de mitigación no debe interferir con la toma de medidas autónomas por el Estado afectado.

8) Al mismo tiempo, hay que hacer hincapié en que los riesgos de seguridad deben evaluarse teniendo presente el carácter de las misiones de socorro y la necesidad de garantizar a las víctimas una respuesta adecuada y eficaz al desastre. El proyecto de artículo 18 no debe malinterpretarse en el sentido de que entraña la creación de obstáculos excesivos y desproporcionados a las actividades de socorro. Como ya se ha destacado con respecto al proyecto de artículo 17 [14], las medidas que, por consideraciones de seguridad, pueden adoptarse para restringir la circulación del personal de socorro no deben inhibir innecesariamente la capacidad de esos actores para prestar asistencia a las víctimas de desastres.

9) Del mismo modo, la posibilidad de recurrir a escoltas armadas en las operaciones de socorro en casos de desastre para disipar las preocupaciones en materia de seguridad debe evaluarse estrictamente de acuerdo con las mejores prácticas desarrolladas en esta esfera por los principales agentes humanitarios. Merecen especial atención las Directrices no vinculantes del Comité Permanente entre Organismos sobre la utilización de escoltas armadas para los convoyes humanitarios[398], de 2013, que tienen por objeto ayudar a los actores competentes a evaluar de manera adecuada la toma de esas decisiones tan delicadas. Como se explica en el documento, por regla general los convoyes humanitarios no utilizarán escoltas armadas, a menos que se den circunstancias excepcionales que hagan necesario su empleo. Para acogerse a la excepción, los actores pertinentes deben considerar las consecuencias de la utilización de escoltas armadas y sus posibles alternativas, teniendo especialmente en cuenta que las preocupaciones en materia de seguridad imperantes en las situaciones de desastre suelen ser mucho menos graves que las que se plantean en otros casos.

10) El proyecto de artículo 18 prevé la protección del «personal, el equipo y los bienes de socorro», es decir, las personas y objetos pertinentes calificados como tales en el proyecto de artículo 4, apartados *e* y *f*, que participan en la prestación de asistencia externa. Como se destaca en otras disposiciones del actual proyecto de artículos, principalmente en los proyectos de artículo 12 [9] y 14 [11], la asistencia externa está supeditada al consentimiento del Estado afectado que ejerce el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de esas actividades. Por tanto, una vez que el Estado afectado ha solicitado asistencia o ha aceptado los ofrecimientos de asistencia de otros Estados, procurará garantizar la protección prevista en el proyecto de artículo 18.

11) Este enfoque amplio es pertinente para el adecuado cumplimiento de la obligación establecida en el proyecto de artículo 18. Son las autoridades nacionales las que están en las mejores condiciones para garantizar un marco de seguridad adecuado para el desempeño de las actividades de socorro. En particular, deben evaluar los riesgos de seguridad que podría correr el personal de socorro internacional, cooperar con él para hacer frente a los problemas de seguridad y coordinar las actividades de los actores extranjeros, teniendo en cuenta esos problemas.

12) De conformidad con el proyecto de artículo 4, apartado *e*, el personal de socorro que se beneficiaría del proyecto de artículo 18 puede ser el personal civil o militar enviado, según sea el caso, por un Estado que presta asistencia, una organización intergubernamental competente, una organización no gubernamental pertinente o cualquier otra entidad extranjera al Estado afectado, que preste asistencia a ese Estado a su solicitud o con su consentimiento. Por tanto, todas estas categorías son pertinentes en lo que se refiere a la aplicación del proyecto de artículo 18. La referencia a la «asistencia externa» refleja la posición, que también se afirma en el comentario al proyecto de artículo 15 [13][399], de que el proyecto de artículos solo regula las actividades de actores extranjeros al Estado afectado.

13) El equipo y los bienes definidos en el proyecto de artículo 4, apartado *f*, relacionados con las actividades del personal de socorro, también se benefician de la aplicación del proyecto de artículo 18. Con independencia de su origen, al estar a disposición de los Estados que presten asistencia o los otros actores que presten asistencia, el equipo y los bienes quedarán comprendidos en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 18. Esos objetos también podrían adquirirse directamente en el mercado interno del Estado afectado. La fórmula «presentes en su territorio» tiene por objeto aclarar este aspecto.

[398] «IASC Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys», 27 de febrero de 2013.

[399] Véase *supra* el párrafo 2 del comentario del proyecto de artículo 15 [13].

Artículo 19 [15]. Terminación de la asistencia externa

El Estado afectado y el Estado que presta asistencia y, en su caso, los otros actores que prestan asistencia, consultarán entre sí sobre la terminación de la asistencia externa y sus modalidades. El Estado afectado, el Estado que presta asistencia, o los otros actores que prestan asistencia que deseen la terminación, suministrarán la notificación apropiada.

Comentario

1) El proyecto de artículo 19 [15] se refiere a la cuestión de la terminación de la asistencia externa. La disposición consta de dos oraciones. En la primera oración se hace referencia al requisito de que el Estado afectado, el Estado que presta asistencia, y, en su caso, los otros actores que prestan asistencia, consulten entre sí sobre la terminación de la asistencia externa, incluidas sus modalidades. La segunda oración establece el requisito de que las partes que deseen la terminación de la asistencia suministren la notificación apropiada.

2) Cuando un Estado afectado acepta un ofrecimiento de asistencia, mantiene el control sobre la duración de dicha asistencia. En el proyecto de artículo 12 [9], párrafo 2, se reconoce de manera explícita que el Estado afectado ejerce el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. En el proyecto de artículo 14 [11], por su parte, se exige el consentimiento del Estado afectado para la asistencia externa, con la aclaración de que el consentimiento no se denegará arbitrariamente. De ambas disposiciones se desprende que el Estado afectado puede retirar su consentimiento y poner así fin a la asistencia externa y al régimen jurídico en cuyo marco se haya estado prestando.

3) El proyecto de artículo 19 [15] trata de establecer un equilibrio entre el derecho del Estado afectado a poner fin a la asistencia externa y la posición de los actores que prestan asistencia, a fin de proporcionar una protección adecuada a las personas afectadas por desastres. Así pues, la disposición no reconoce únicamente al Estado afectado el derecho a poner fin a la asistencia de manera unilateral. Más bien, la Comisión admite que los propios Estados que presten asistencia y otros actores que presten asistencia puedan necesitar poner fin a sus actividades de asistencia. Así pues, el proyecto de artículo 19 [15] preserva el derecho de cualquiera de las partes a poner fin a la asistencia que se preste, en el entendimiento de que ello se hará en consulta con los demás Estados que presten asistencia o actores que presten asistencia, según corresponda.

4) Las palabras «otros actores que prestan asistencia» se han tomado de instrumentos vigentes[400] para describir a las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales que proporcionan socorro y asistencia en casos de desastre y están definidas en el proyecto de artículo 4 sobre los términos empleados. El proyecto de artículo 19 [15] está redactado en términos bilaterales, pero no excluye la posibilidad de que sean varios los actores que presten asistencia externa.

5) La obligación de consultar refleja el espíritu de solidaridad y cooperación implícito en todo el proyecto de artículos y el principio de cooperación consagrado en los proyectos de artículos 8 [5], 9 [5 *bis*] y 10 [5 *ter*]. La Comisión prevé que puede ser necesario poner fin a la actividad por múltiples razones y en diferentes fases de la prestación de asistencia. Las operaciones de socorro pueden llegar a un estadio en que sea lógico para el Estado afectado o para una o más partes que presten asistencia poner fin a las operaciones. Entre las circunstancias que pueden dar lugar a la terminación, cabe citar los casos en que los recursos de un Estado que preste asistencia u otros actores que presten asistencia se hayan agotado o en que se produzca otro desastre que haga necesario desviar los recursos. El proyecto del artículo 19 [15] es flexible y permite el ajuste de la duración de la asistencia en función de las circunstancias, si bien implica que las partes deben consultarse de buena fe. En todo caso, el proyecto de artículo 19 [15] debe leerse a la luz del objeto del proyecto de artículos, que se indica en el proyecto de artículo 2 [2]; por lo tanto, las decisiones relativas a la terminación de la asistencia deben tomarse teniendo en cuenta las necesidades de las personas afectadas por desastres, a saber, si esas necesidades han sido atendidas y en qué medida lo han sido.

6) La palabra «modalidades» se refiere a los procedimientos que deben seguirse para poner fin a la asistencia. Si bien no siempre es posible que la terminación sea de mutuo acuerdo, la celebración de consultas sobre las modalidades permitiría a las partes pertinentes facilitar una terminación amistosa y eficiente.

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

Artículo 20. Relación con normas especiales u otras normas del derecho internacional

El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de las normas especiales u otras normas del derecho internacional aplicables en casos de desastre.

Comentario

1) El proyecto del artículo 20 se refiere a la relación entre el proyecto de artículos y las normas especiales y otras normas del derecho internacional. Trata de aclarar la interacción entre el proyecto de artículos y determinadas normas del derecho internacional que, bien se ocupan del mismo tema que el proyecto de artículos, o bien no se refieren directamente a los desastres pero serían de aplicación en situaciones comprendidas en el proyecto de artículos.

[400] Directrices IDRL (véase la nota 245 *supra*), Parte IV, secc. 15, y anotaciones.

2) La razón de ser de la referencia a «normas especiales» es aclarar que los tratados u otras normas del derecho internacional que establecen obligaciones con un mayor grado de especificidad que el presente proyecto de artículos no quedan desplazados por este. Este enfoque refleja el principio de la *lex specialis* y pretende salvaguardar la continuidad en la aplicación de la densa red de obligaciones existentes en relación con las cuestiones reguladas por el presente proyecto de artículos.

3) El proyecto de artículo pretende abarcar diferentes formas de normas especiales, incluidas normas más detalladas establecidas en tratados cuyo alcance *ratione materiae* está comprendido en el del actual proyecto de artículos (por ejemplo, tratados bilaterales o regionales de asistencia mutua en casos de desastre), así como normas recogidas en tratados que se ocupan de otras cuestiones pero que contienen normas específicas sobre las situaciones de desastre (por ejemplo, el subcapítulo F, sección 5, del anexo del Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional, de 1965).

4) Este enfoque también concuerda con la posición adoptada por la Comisión en el proyecto de artículo 21 [4] sobre la aplicabilidad del proyecto de artículos en situaciones de conflicto armado. Si bien se acepta que, en tales situaciones, las normas del derecho internacional humanitario deben tener precedencia sobre las contenidas en el presente proyecto de artículos, estas seguirían siendo aplicables «en la medida» en que algunas cuestiones jurídicas planteadas por un desastre ocurrido en la misma zona que un conflicto armado no queden abarcadas por las normas del derecho internacional humanitario. De esta forma, el presente proyecto de artículos contribuirá a llenar posibles vacíos legales en la protección de las personas afectadas por desastres que se produzcan durante un conflicto armado.

5) La referencia a «otras normas» aborda la interacción entre el presente proyecto de artículos y las normas del derecho internacional que, si bien no se refieren directamente a los desastres, pueden aplicarse en casos de desastre. Ejemplos de ello serían las disposiciones sobre el derecho convencional, en particular las relativas a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental de las circunstancias, así como las normas sobre la responsabilidad de los Estados y las organizaciones internacionales y la responsabilidad de las personas. La disposición confirma también que esa categoría de normas no queda desplazada por el presente proyecto de artículos, por lo que complementa el principio de la *lex specialis* que se afirma en la primera parte del proyecto de artículo.

6) La cláusula «sin perjuicio» que figura en el proyecto de artículo 20 también se aplica a las normas del derecho internacional consuetudinario. De hecho, el proyecto de artículos no aborda todas las cuestiones que pueden ser pertinentes en casos de desastre. Aún más, el proyecto de artículos no pretende impedir el desarrollo ulterior de normas de derecho internacional consuetudinario en la materia. El proyecto de artículo se inspira en el penúltimo párrafo del preámbulo de la Convención de Viena de 1969, que dispone que: «[…] las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención».

7) Asimismo, es preciso tener en cuenta que el derecho convencional también puede contener normas de aplicación general no referidas directamente a los desastres. Por consiguiente, la Comisión consideró que la fórmula «otras normas del derecho internacional» era la más apropiada para indicar todas las normas del derecho internacional que podían interactuar con el proyecto de artículos, ya que expresaba la idea de que la cláusula «sin perjuicio» recogida en el proyecto de artículo 20 se aplica a todas las categorías de normas del derecho internacional.

Artículo 21 [4]. Relación con el derecho internacional humanitario

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 21 [4] se refiere a la relación entre el proyecto de artículos y el derecho internacional humanitario y, en consecuencia, a la medida en que el proyecto de artículos abarca situaciones de conflicto armado, que pueden tener un efecto igualmente calamitoso en el funcionamiento de las sociedades. Esta disposición está formulada con la intención de aclarar la relación, dando precedencia a las normas del derecho internacional humanitario en las situaciones en que son aplicables.

2) La Comisión consideró la posibilidad de incluir la exclusión explícita de la aplicabilidad del proyecto de artículos en situaciones de conflicto armados como un elemento más de la definición de «desastre» (proyecto de artículo 3 [3]), a fin de evitar toda interpretación en el sentido de que el conflicto armado quedaría incluido en el ámbito de aplicación siempre y cuando se cumplieran los criterios que determinan el umbral recogidos en el proyecto de artículo 3 [3]. Este planteamiento no se adoptó porque una exclusión categórica podría ser contraproducente, en particular en situaciones de «emergencias complejas», cuando sobreviene un desastre en una zona en la que hay un conflicto armado. Una exclusión categórica de la aplicación del proyecto de artículos por la coincidencia del desastre con un conflicto armado iría en detrimento de la protección de las personas afectadas por el desastre, especialmente cuando este preceda al conflicto armado.

3) En un principio la Comisión consideró también la posibilidad de redactar la disposición a modo de una cláusula de salvaguardia («sin perjuicio»), más directa, como se hace en el proyecto de artículo 20, manteniendo simplemente la posibilidad de aplicar ambos conjuntos de reglas, con lo que se daba a entender que el proyecto de artículos era aplicable en una situación de conflicto armado en la misma medida que las normas de derecho internacional vigentes. Sin embargo, la Comisión prefirió plantear la cuestión como una relación entre el proyecto de artículos y el derecho internacional humanitario. Si bien el proyecto de artículos no trata de regular las consecuencias de un conflicto armado, puede aplicarse no obstante a situaciones de conflicto armado en aquellos aspectos en que las normas vigentes del derecho internacional, y en particular las normas del derecho humanitario internacional, no sean aplicables.

Capítulo VI

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

A. Introducción

57. En su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión decidió incluir el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Zdzislaw Galicki[401].

58. El Relator Especial presentó cuatro informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 58.º período de sesiones (2006), el segundo informe en su 59.º período de sesiones (2007), el tercer informe en su 60.º período de sesiones (2008) y el cuarto informe en su 63.º período de sesiones (2011)[402].

59. En el 61.º período de sesiones (2009), se estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta presidido por el Sr. Alain Pellet[403] y, como resultado de sus deliberaciones, el Relator Especial elaboró un marco general para el examen del tema especificando las cuestiones que se tratarían[404]. En el 62.º período de sesiones (2010), el Grupo de Trabajo volvió a constituirse y, en ausencia de su Presidente, estuvo presidido por el Sr. Enrique Candioti[405]. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí un estudio realizado por la Secretaría de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión[406].

60. En los períodos de sesiones 64.º (2012) y 65.º (2013), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), bajo la presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree, para evaluar los progresos realizados por la Comisión en la labor sobre el tema, en particular a la luz del fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, de 20 de julio de 2012[407], y examinar posibles opciones futuras que podría adoptar la Comisión[408].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

61. En el actual período de sesiones, la Comisión constituyó un Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) bajo la presidencia del Sr. Kriangsak Kittichaisaree. El Grupo de Trabajo siguió evaluando la labor sobre el tema, en particular a la luz de los comentarios formulados en referencia al informe de 2013 del Grupo de Trabajo en la Sexta Comisión durante el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General[409]. El Grupo de Trabajo se reunió en dos ocasiones, el 6 de mayo y el 4 de junio de 2014.

62. El Grupo de Trabajo estudió varias opciones para que la Comisión decida cómo proceder con la labor pendiente en relación con el tema. Tras un detenido examen, el Grupo de Trabajo estimó conveniente que la Comisión agilizara su labor al respecto y lograra un resultado que tuviera valor práctico para la comunidad internacional. El informe de 2013 constituyó la base del informe final del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo también debatió las cuestiones que no se abordaron o solo se abordaron en parte en su informe de 2013, pero que se plantearon posteriormente en la Sexta Comisión durante el sexagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, a saber: las lagunas en el régimen convencional vigente; el traslado de un sospechoso a un tribunal o corte especial o internacional como posible tercera alternativa a la extradición o enjuiciamiento; la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las obligaciones *erga omnes* o las normas *jus cogens*; la condición de norma de derecho internacional consuetudinario de la obligación de extraditar o juzgar; y otros asuntos aún pertinentes del marco general de 2009[410]. En el examen de las cuestiones anteriores que hizo el Grupo de Trabajo se abordaron exhaustivamente todas las otras cuestiones pendientes de análisis en relación con el tema.

---

[401] En su 2865.ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2005 (véase *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 500). En el párrafo 5 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 56.º período de sesiones (2004) sobre la base de la propuesta adjunta al informe de ese año (*Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 362 y 363).

[402] Informe preliminar: *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571; segundo informe: *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585; tercer informe: *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603; y cuarto informe: *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648.

[403] En la 2988.ª sesión de su 60.º período de sesiones (2008), celebrada el 31 de julio, la Comisión decidió establecer un grupo de trabajo sobre el tema presidido por el Sr. Alain Pellet, cuyo mandato y composición se determinarían en el 61.º período de sesiones (véanse *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 315, y *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 198).

[404] Por lo que respecta al marco general propuesto y preparado por el Grupo de Trabajo, véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 204.

[405] En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente provisional del Grupo de Trabajo (*Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 336 a 340).

[406] «Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)"», ibíd., vol. II (primera parte), pág. 343, documento A/CN.4/630.

[407] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss.

[408] En su 3152.ª sesión, el 30 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo (*Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 207 a 221) y en su 3189.ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 149).

[409] El informe del Grupo de Trabajo figura en *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), anexo I.

[410] Véase la nota 404 *supra*.

63. En su 3217.ª sesión, el 7 de julio de 2014, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.844), en el que, entre otras cosas, figuraba la recomendación de que la Comisión: *a*) aprobara los informes de 2013 y 2014, que constituyen una guía útil para los Estados; y *b*) concluyera el examen del tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)».

64. En su 3242.ª sesión, el 7 de agosto de 2014, la Comisión aprobó el informe final sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» (véase la sección C *infra*) y decidió concluir el examen del tema. La Comisión expresó también su profundo reconocimiento al Presidente del Grupo de Trabajo, Sr. Kriangsak Kittichaisaree, por su enormemente valiosa contribución y por la eficiente y expeditiva labor realizada. Asimismo, recordó con gratitud la labor del anterior Relator Especial sobre el tema, Sr. Zdzislaw Galicki.

C. Informe final sobre el tema

65. El presente informe tiene por objeto resumir y poner de relieve determinados aspectos de la labor de la Comisión sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», a fin de ayudar a los Estados en relación con esta cuestión.

1. Obligación de luchar contra la impunidad de conformidad con el estado de derecho

1) La Comisión observa que los Estados han expresado el deseo de cooperar entre sí, y con los tribunales internacionales competentes, en la lucha contra la impunidad por la comisión de delitos, en particular delitos de trascendencia internacional[411], con arreglo al estado de derecho[412]. En la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, los Jefes de Estado y de Gobierno y jefes de delegación que asistieron a la reunión de 24 de septiembre de 2012 se comprometieron «a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional […]»[413]. En numerosas convenciones la obligación de cooperar en la lucha contra tal impunidad se hace efectiva, en particular, por medio de la obligación de extraditar o juzgar[414]. La opinión de que la obligación de extraditar o juzgar desempeña un papel decisivo en la lucha contra la impunidad es ampliamente compartida por los Estados[415]; esa obligación se aplica en relación con gran variedad de delitos de gran trascendencia para la comunidad internacional y se ha incluido en todas las convenciones sectoriales contra el terrorismo internacional celebradas desde 1970.

2) El papel que la obligación de extraditar o juzgar desempeña en el apoyo a la cooperación internacional para luchar contra la impunidad se ha venido reconociendo al menos desde la época de Hugo Grocio, que enunció el principio *aut dedere aut punire* (extraditar o castigar): «El Estado que haya recibido una solicitud a estos efectos castigará al culpable como merece o lo pondrá a disposición de la parte que haya hecho la solicitud»[416]. En la terminología moderna se sustituye «castigo» por «enjuiciamiento» como alternativa a la extradición a fin de reflejar mejor la posibilidad de que el presunto autor de la infracción pueda ser declarado no culpable.

2. La importancia de la obligación de extraditar o juzgar en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional

3) Puede considerarse que el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» estaba englobado dentro del de la «Jurisdicción con respecto a

---

[411] Véase, por ejemplo, la resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971 titulada «Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad»; la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, sobre los «Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad»; y el principio 18 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en anexo de la resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989, titulada «Eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias».

[412] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012.

[413] Ibíd., párr. 22.

[414] Véase *infra*, parte 3. En la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 407 *supra*), la Corte Internacional de Justicia afirma: «[…] La extradición y el enjuiciamiento constituyen en efecto medios alternativos para luchar contra la impunidad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 [de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984] […]» (pág. 443, párr. 50). La Corte añade que «[…] En razón de los valores que comparten, los Estados partes en ese instrumento tienen un interés común en garantizar la prevención de los actos de tortura y, si se cometen tales actos, en velar por que sus autores no gocen de impunidad» (pág. 449, párr. 68). La Corte reitera que el objeto y fin de la Convención es «hacer más eficaz la lucha contra la tortura al evitar la impunidad de los autores de tales actos» (pág. 451, párr. 74, y véase también párr. 75).

En su cuarto informe (*Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648, párrs. 26 a 33), el Relator Especial Zdzislaw Galicki trató por extenso la cuestión de la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad. Mencionó los siguientes ejemplos de instrumentos internacionales que sirven de fundamento jurídico a la obligación de cooperar: el Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas; la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo); el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998; y la directriz XII de las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para erradicar la impunidad por violaciones graves de los derechos humanos, aprobadas por el Comité de Ministros el 30 de marzo de 2011 (Consejo de Europa, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011).

[415] Por ejemplo, Bélgica (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612, págs. 192 y 193, párr. 20); Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión*, A/C.6/66/SR.26, párr. 10); Suiza (ibíd., párr. 18); El Salvador (ibíd., párr. 24); Italia (ibíd., párr. 42); el Perú (ibíd., párr. 64); Belarús (ibíd., *27.ª sesión*, A/C.6/66/SR.27, párr. 41); la Federación de Rusia (ibíd., párr. 64); y la India (ibíd., párr. 81).

[416] H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, libro II, cap. XXI, secc. IV (traducción al inglés de Francis W. Kelsey, *The Law of War and Peace*, Oxford/Londres, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925, págs. 527 a 529, en especial pág. 527).

delitos cometidos fuera del territorio nacional», que figuraba en la lista provisional de 14 temas seleccionados en el primer período de sesiones de la Comisión en 1949[417]. También se aborda en los artículos 8 (Establecimiento de jurisdicción) y 9 (Obligación de conceder la extradición o de juzgar) del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en su 48.º período de sesiones, en 1996. El artículo 9 del proyecto de código establece la obligación de extraditar o juzgar por el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra[418]. Se afirma que el principio *aut dedere aut judicare* se deriva de «varios convenios multilaterales»[419] que enuncian esa obligación. El análisis de los antecedentes del proyecto de código deja entrever que la razón del proyecto de artículo 9 es la necesidad de un sistema eficaz de tipificación y persecución de los llamados crímenes más graves, en vez de la práctica de los Estados y la *opinio juris* propiamente dichas[420]. El artículo se justifica en vista de la especial gravedad de los crímenes de que se trata y por el deseo de luchar contra la impunidad de quienes cometan tales crímenes[421]. Aunque el proyecto de código se centra en los crímenes más graves[422], el ámbito de aplicación material de la obligación de extraditar o juzgar abarca la mayoría de los delitos de trascendencia internacional, como se ha dicho en el párrafo 1 *supra*.

3. Resumen de los trabajos

4) A continuación se resumen algunos aspectos fundamentales de la labor de la Comisión sobre este tema. No hace mucho, algunos miembros de la Comisión, incluido el Relator Especial Zdzislaw Galicki, cuestionaron el uso de la fórmula latina *aut dedere aut judicare*, especialmente en lo que se refiere al término *judicare*, que en su opinión no reflejaba exactamente el alcance del término inglés *prosecute* (procesar). Sin embargo, el Relator Especial consideró prematuro en ese momento centrarse en la definición exacta de los términos, dejando que fueran definidos en un futuro proyecto de artículo sobre «Términos empleados»[423]. El informe de la Comisión decidió partir del supuesto de que el hecho de que la obligatoriedad de la «extradición» tenga prioridad respecto del «enjuiciamiento» o viceversa dependerá del contexto y el régimen jurídico aplicable en situaciones concretas.

5) La Comisión consideró útil para su labor una amplia gama de materiales, en particular el estudio preparado por la Secretaría titulado «Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)"»[424] (en adelante «estudio de la Secretaría (2010)»), que especificaba los instrumentos multilaterales, tanto a nivel universal como regional, que contenían disposiciones que combinaban la extradición y el enjuiciamiento como posibles opciones para el castigo de los infractores, y el fallo de 20 de julio de 2012 dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*[425].

a) *Tipología de las disposiciones de los instrumentos multilaterales*

6) En el estudio de la Secretaría (2010) figuraba la descripción y una tipología de los instrumentos pertinentes a la luz de esas disposiciones y se examinaban los

---

[417] *Yearbook of the International Law Commission 1949*, pág. 281, párrs. 16 y 17; véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, 7.ª ed., vol. I, (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.07.V.9), págs. 44 y 45.

[418] «Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 [genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado] o 20 [crímenes de guerra] concederá la extradición de esa persona o la juzgará». Véase también el comentario de la Comisión sobre este artículo, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 34 y 35.

[419] Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, artículo 8, párrafo 3 del comentario, ibíd., pág. 31.

[420] *Anuario… 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párr. 142.

[421] Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, artículo 8, párrafos 3, 4 y 8 del comentario, y artículo 9, párrafo 2 del comentario, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 31, 32 y 34.

[422] En la primera lectura, en 1991, el proyecto de código comprendía los 12 crímenes siguientes: agresión; amenaza de agresión; intervención; dominación colonial y otras formas de dominación extranjera; genocidio; *apartheid*; violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos; crímenes de guerra excepcionalmente graves; contratación, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; tráfico ilícito de estupefacientes; y atentados deliberados y graves contra el medio ambiente (véase *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss., párr. 176). En sus períodos de sesiones de 1995 y 1996, la Comisión redujo el número de crímenes incluidos en el texto definitivo del proyecto de código a 4 crímenes: agresión; genocidio; crímenes de guerra; y crímenes contra la humanidad, remitiéndose al legado de Nuremberg como criterio para la elección de los crímenes incluidos en el proyecto de código (véanse *Anuario… 1995*, vol. II (segunda parte), págs. 16 y ss., párrs. 37 y ss., y *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 18 y ss., párrs. 43 y ss.). El motivo principal de la adopción de este planteamiento parece haber sido los comentarios desfavorables formulados por 24 gobiernos con respecto a la lista de 12 crímenes propuesta en 1991 (véase *Anuario… 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/448 y Add.1, págs. 70 y ss.). En el último momento se añadió un quinto crimen, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, en vista de su magnitud, la gravedad del problema de los ataques a ese personal y su centralidad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

El crimen de agresión no está comprendido en la disposición del artículo 9 del proyecto de código. En opinión de la Comisión, «[l]a determinación, por el tribunal de un Estado, de la cuestión de si otro Estado ha cometido agresión sería contraria al principio fundamental del derecho internacional *par in parem imperium non habet* […] [y] el hecho de que el tribunal de un Estado, en el ejercicio de su competencia, tuviera que considerar la comisión de un acto de agresión por otro Estado tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales y la paz y la seguridad internacionales» (proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, artículo 8, párrafo 14 del comentario, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 33).

[423] Tercer informe del Relator Especial, Sr. Zdzislaw Galicki, sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/603, pág. 126, párrs. 36 y 37. En su informe preliminar, el Relator Especial examinó varias expresiones latinas relacionadas con este tema, a saber: *aut dedere aut punire*; *judicare aut dedere*; *aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare*, *aut tergiversari*; y *aut dedere aut poenam persequi* (*Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, pág. 282, párrs. 5 a 8). Véase asimismo: R. van Steenberghe, «The obligation to extradite or prosecute: clarifying its nature», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), págs. 1089 a 1116, en especial págs. 1107 y 1108, sobre las fórmulas *aut dedere aut punire*, *aut dedere aut prosequi* y *aut dedere aut judicare*.

[424] A/CN.4/630 (véase la nota 406 *supra*).

[425] Véase la nota 407 *supra*.

trabajos preparatorios de varias convenciones clave que habían servido de modelo en ese campo. En el caso de algunas disposiciones, se examinaban también las reservas hechas. Se señalaron las diferencias y similitudes entre las diferentes convenciones y su evolución y se presentaban unas conclusiones generales sobre: *a*) la relación entre extradición y enjuiciamiento en las disposiciones correspondientes; *b*) las condiciones aplicables a la extradición con arreglo a las distintas convenciones; y *c*) las condiciones aplicables al enjuiciamiento conforme a las distintas convenciones. El estudio clasificaba las convenciones que contenían ese tipo de disposiciones en cuatro categorías: *a*) el Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, de 1929, y otras convenciones que siguen el mismo modelo; *b*) las convenciones regionales de extradición; *c*) los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, de 1977; y *d*) el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya de 1970) y otras convenciones que siguen el mismo modelo.

7) El Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, de 1929, y otras convenciones que siguen el mismo modelo[426] suelen: *a*) tipificar el delito correspondiente, que los Estados partes se comprometen a sancionar conforme a su derecho interno; *b*) adoptar disposiciones sobre enjuiciamiento y extradición que tienen en cuenta las distintas opiniones de los Estados con respecto a la extradición de nacionales y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, siendo esta última potestativa más que obligatoria; *c*) incluir disposiciones que imponen la obligación de extraditar, mientras que el enjuiciamiento solo procede cuando se haya denegado la extradición; *d*) establecer un régimen de extradición en el que los Estados se comprometen, en determinadas condiciones, a considerar que el delito da lugar a extradición; *e*) incluir una disposición que establezca que la posición del Estado sobre el tema general de la jurisdicción penal como cuestión de derecho internacional no resulta afectada por su participación en la convención; y *f*) incluir una cláusula de salvaguardia o «sin perjuicio» con respecto a la legislación y administración penal de cada Estado. Mientras que algunos de los instrumentos que adoptan este modelo contienen diferencias terminológicas de carácter formal, otros modifican el fondo de las obligaciones contraídas por los Estados partes.

8) Muchas convenciones y acuerdos regionales de extradición también contienen disposiciones que combinan las opciones de la extradición y el enjuiciamiento[427], aunque esos instrumentos suelen hacer hincapié en la obligación de extraditar (que se regula en detalle) y solo tienen en cuenta el enjuiciamiento como alternativa para evitar la impunidad en el contexto de esa cooperación. Con arreglo a ese modelo, la extradición es un medio de garantizar la eficacia de la jurisdicción penal. Los Estados partes tienen la obligación general de extraditar a menos que la solicitud encaje en una condición o excepción, incluidos los motivos obligatorios y discrecionales de denegación. Por ejemplo, la extradición de nacionales puede estar prohibida o sujeta a determinadas salvaguardias. Las disposiciones de los acuerdos y arreglos posteriores han sido objeto de modificaciones y retoques con el tiempo, especialmente en lo que se refiere a las condiciones y excepciones[428].

9) Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contienen la misma disposición según la cual cada una de las Altas Partes Contratantes tiene la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, y debe hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Sin embargo, podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Alta Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes[429]. Por consiguiente, con arreglo a ese modelo, la obligación de búsqueda y enjuiciamiento de un presunto infractor no está subordinada a ninguna consideración jurisdiccional y esa obligación existe independientemente de cualquier solicitud de extradición de otra parte[430]. No obstante, la extradición es una opción siempre que el Estado que juzgue haya formulado cargos suficientes. Ese mecanismo se declara aplicable al Protocolo Adicional I de 1977 por remisión[431].

10) El Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves dispone en su artículo 7 que «[e]l Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no

[426] Por ejemplo: *a*) el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, de 1936; *b*) la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, de 1937; *c*) el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1950; *d*) la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; y *e*) el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, de 1971.

[427] Esos instrumentos comprenden: *a*) la Convención de Derecho Internacional Privado, de 1928, también conocida como «Código Bustamante», en su libro IV (derecho procesal internacional), título III (de la extradición); *b*) la Convención sobre Extradición, de 1933; *c*) la Convención Interamericana sobre Extradición, de 1981; *d*) el Convenio Europeo de Extradición, de 1957; *e*) la Convención General sobre Cooperación Judicial (*Convention générale de coopération en matière de justice*); *f*) la Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre Extradición, de 1994; y *g*) el Plan de Londres para la Extradición en el Commonwealth, de 2002.

[428] Cabe señalar también que la Asamblea General ha aprobado el Tratado modelo de extradición (resolución 45/116, de 14 de diciembre de 1990, anexo) y el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales (resolución 45/117, de 14 de diciembre de 1990, anexo). Véase también la Ley Modelo sobre Extradición de 2004, preparada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que se puede consultar en: www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf. Véanse también los Manuales Revisados sobre el Tratado modelo de extradición y el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales, que se pueden consultar en: www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf.

[429] Artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, de los Convenios de Ginebra I, II, III y IV. La razón por la cual esos Convenios de Ginebra utilizan el término «entregar» en vez de «extraditar» se explica en el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (véase la nota 406 *supra*), párr. 54).

Según Claus Kreβ («Reflection on the *iudicare* limb of the grave breaches regime», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 4 (2009), pág. 789), lo que entraña realmente el elemento *judicare* del régimen de infracciones graves es un deber de investigar y, cuando esté justificado, de enjuiciar y condenar.

[430] Véase J. S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, Ginebra, CICR, 1958, pág. 593.

[431] Artículo 85, párrs. 1 y 3, y artículo 88, párr. 2, del Protocolo Adicional I de 1977.

cometido en su territorio». Esta «fórmula de La Haya» es una variante de la fórmula de los Convenios de Ginebra de 1949 y ha servido de modelo a varias convenciones ulteriores que tienen por objeto la represión de determinados delitos, principalmente en la lucha contra el terrorismo, pero también en muchas otras esferas (incluidas la tortura, las actividades mercenarias, los crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado, la delincuencia transnacional, la corrupción y las desapariciones forzadas)[432]. No obstante, muchos de esos instrumentos posteriores han modificado la terminología original que en algunos casos afecta al fondo de las obligaciones enunciadas en la fórmula de La Haya.

11) En su opinión separada, en relación con el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 2012, en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, el Magistrado Yusuf también se refería a la tipología de «los tratados que contienen la fórmula *aut dedere aut judicare*» y los dividía en dos categorías principales[433]. La primera categoría de convenciones internacionales contenía cláusulas que imponen la obligación de extraditar y en las que el enjuiciamiento llega a ser una obligación solo después de haberse denegado la extradición. Esas convenciones se configuran de tal manera que se dé prioridad a la extradición al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito. La mayoría de esas convenciones no imponen a los Estados partes ninguna obligación general de enjuiciar al presunto infractor, y ese enjuiciamiento por el Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor del delito deviene una obligación solo si se ha denegado la solicitud de extradición o si se dan algunos factores como la nacionalidad del presunto infractor. Son ejemplos de esa primera categoría el artículo 9, segundo párrafo, del Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, de 1929, el artículo 15 de la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción y el artículo 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la porostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

La segunda categoría de convenciones internacionales contiene cláusulas que imponen la obligación de someter a enjuiciamiento, con la extradición como opción posible, y cláusulas que imponen la obligación de someter a enjuiciamiento, con la extradición como obligación sobrevenida si el Estado no lo hace. Pueden encontrarse cláusulas de esa categoría, por ejemplo, en las disposiciones pertinentes de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves y el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

12) En vista de lo que antecede, la Comisión considera que los Estados, al elaborar un tratado, pueden decidir por sí mismos cuál de las formas convencionales sobre la obligación de extraditar o juzgar se adapta mejor a sus objetivos en una circunstancia determinada. Dada la gran diversidad de formulación, contenido y alcance de la obligación de extraditar o juzgar en la práctica convencional, sería vano que la Comisión tratara de armonizar las

[432] Cabe mencionar, entre otras: *a*) la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional, de 1971; *b*) el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971; *c*) la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973; *d*) el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 1977; *e*) la Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación del Mercenarismo en África, de 1977; *f*) la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979; *g*) la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, de 1979; *h*) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; *i*) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985; *j*) la Convención Regional de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la Eliminación del Terrorismo, de 1987, y el Protocolo Adicional a dicha Convención, de 2004; *k*) el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional, Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1988; *l*) el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 1988; *m*) la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988; *n*) la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 1989; *o*) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994; *p*) la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 1994, y su Protocolo Facultativo de 2005; *q*) la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996; *r*) la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, de 1997; *s*) el Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, de 1997; *t*) el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 1997; *u*) el Convenio relativo a la Protección del Medio Ambiente por el Derecho Penal, de 1998; *v*) el Convenio Penal sobre la Corrupción, de 1999; *w*) el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de 1999; *x*) el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999; *y*) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000; *z*) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, y sus Protocolos; *aa*) el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, de 2001; *bb*) la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, de 2003; *cc*) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; *dd*) el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, de 2005; *ee*) el Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, de 2005; *ff*) la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006; *gg*) la Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) para la Prevención contra el Terrorismo, de 2007; *hh*) el Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 2010; e *ii*) el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, de 2010.

[433] Opinión separada del Magistrado Yusuf en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), párrs. 19 a 22. Véase también el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (nota 406 *supra*), párr. 126). Véanse asimismo las observaciones de Bélgica presentadas a la Comisión en 2009, en las que Bélgica distingue dos tipos de tratados: *a*) los tratados que contienen una cláusula *aut dedere aut judicare* que subordina la obligación de juzgar a que se haya denegado la solicitud de extradición del presunto autor del delito; y *b*) los tratados que incluyen una cláusula *judicare vel dedere* que obligan a los Estados a ejercer la jurisdicción universal con respecto a los autores de los delitos a que se refieren los tratados, sin subordinar esa obligación a que se haya denegado una solicitud previa de extradición (*Anuario… 2009*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/612, pág. 189, párr. 2), citados por el Relator Especial Galicki en su cuarto informe (*Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648, párr. 85 y nota 86).

diversas cláusulas de los tratados relativas a la obligación de extraditar o juzgar[434].

13) La Comisión, si bien estima que el alcance de la obligación de extraditar o juzgar con arreglo a las convenciones pertinentes debe analizarse caso por caso, reconoce que puede haber algunas tendencias generales y características comunes en las convenciones más recientes que enuncian la obligación de extraditar o juzgar. Una de las tendencias más destacadas parece ser la de emplear la «fórmula de La Haya» que sirve como «modelo para la mayoría de las convenciones contemporáneas destinadas a reprimir delitos específicos»[435]. De las convenciones elaboradas en 1970 o después de esa fecha, las tres cuartas partes aproximadamente adoptan la «fórmula de La Haya». En esas convenciones posteriores a 1970 hay una tendencia común a que el Estado de detención, sin excepciones, someta el asunto del presunto infractor a una autoridad competente si no concede la extradición. Esa obligación se complementa con disposiciones adicionales que exigen que los Estados partes: *a*) tipifiquen el delito correspondiente en sus ordenamientos nacionales; *b*) establezcan su jurisdicción respecto del delito cuando tengan un vínculo particular con él o cuando el presunto infractor se encuentre en su territorio y no lo extraditen; *c*) adopten disposiciones para que el presunto infractor esté detenido preventivamente y se proceda a una investigación preliminar; y *d*) consideren que el delito da lugar a extradición[436]. En particular, en lo que respecta a la parte del enjuiciamiento de la obligación, las convenciones se limitan a subrayar que el asunto se someta a una autoridad competente a los efectos de enjuiciamiento. En menor medida, existe también la tendencia a que, a falta de enjuiciamiento por el Estado de detención, el presunto delincuente deba ser extraditado absolutamente sin excepción.

14) La Comisión señala que el actual régimen convencional que regula la obligación de extraditar o juzgar presenta importantes lagunas que tal vez haya que llenar. En particular, faltan convenciones internacionales que enuncien esa obligación en relación con la mayoría de los crímenes de lesa humanidad[437], los crímenes de guerra que no constituyen infracciones graves y los crímenes de guerra en un conflicto armado que no tenga carácter internacional[438]. Por lo que respecta al genocidio, el régimen de cooperación internacional podría reforzarse para mejorar el rudimentario régimen establecido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio solo obliga a las Partes Contratantes a instituir y ejercer su jurisdicción penal territorial y a cooperar con una «corte penal internacional» en determinadas circunstancias[439].

---

[434] Como concluye el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (véase la nota 406 *supra*), párr. 153):

«[…] El examen de la práctica convencional en este ámbito pone de manifiesto que el grado de especificidad de las distintas convenciones al regular estas cuestiones varía considerablemente y que existen muy pocas convenciones con mecanismos idénticos para el castigo de los delincuentes (incluso respecto de la relación entre extradición y enjuiciamiento). Las variaciones en las disposiciones relativas al enjuiciamiento y la extradición parecen estar determinadas por diversos factores, como el marco geográfico, institucional y temático en que se negocia cada convención […] y el desarrollo de ámbitos conexos del derecho internacional, como los derechos humanos y la justicia penal internacional. De ello se desprende que, si bien es posible acotar algunas tendencias generales y características comunes y las disposiciones pertinentes, las conclusiones definitivas sobre el alcance preciso de cada una de ellas deben extraerse caso por caso, teniendo en cuenta la formulación de la disposición, la estructura general del tratado en que figura y los trabajos preparatorios pertinentes.»

[435] Ibíd., párr. 91.

[436] Ibíd., párr. 109.

[437] La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, adopta la fórmula de La Haya y menciona la «extrema gravedad» del delito, al que califica, cuando la práctica es generalizada o sistemática, de crimen de lesa humanidad. No obstante, salvo este caso, parece haber una falta de convenciones internacionales que enuncien la obligación de extraditar o juzgar en relación con los crímenes de lesa humanidad.

[438] El principio básico de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 es el establecimiento de la jurisdicción universal sobre las infracciones graves de los Convenios. Cada Convenio incluye un artículo que enumera los actos que constituyen infracciones graves que figura inmediatamente después de la disposición sobre extraditar o juzgar.

Por lo que respecta a los Convenios de Ginebra I y II, este artículo es idéntico (arts. 50 y 51, respectivamente): «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente».

El artículo 130 del Convenio III dispone: «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio».

El artículo 147 del Convenio IV establece: «Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario».

Los cuatro Convenios y el Protocolo Adicional I de 1977 no enuncian la obligación de extraditar o juzgar salvo en caso de infracciones graves. Ningún otro instrumento internacional sobre los crímenes de guerra enuncia tampoco esta obligación.

[439] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en particular págs. 226, 227 y 229, párrs. 442 y 449. El artículo VI dice así: «Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». En el párrafo 442 de su fallo, la Corte no excluye otras bases cuando observa: «El artículo VI solo obliga a los Estados contratantes a instituir y ejercer la jurisdicción penal territorial; aunque ciertamente no prohíbe a los Estados que confieran a sus tribunales penales, en materia de genocidio, una jurisdicción basada en criterios distintos del lugar de comisión del delito compatibles con el derecho internacional, en particular la nacionalidad del acusado, no les obliga a que lo hagan».

b) *Aplicación de la obligación de extraditar o juzgar*

15) *La fórmula de La Haya*. La Comisión considera que el fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* es útil para aclarar algunos aspectos correspondientes a la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar. El fallo se limita a un análisis del mecanismo para luchar contra la impunidad previsto en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. En particular, el fallo se centra en la relación entre los diferentes artículos sobre el establecimiento de la jurisdicción (art. 5), la obligación de proceder a una investigación preliminar (art. 6) y la obligación de juzgar o extraditar (art. 7)[440]. Aun cuando el razonamiento de la Corte se refiere a la aplicación y puesta en práctica concretas de cuestiones relacionadas con esa Convención, dado que las disposiciones sobre enjuiciamiento o extradición pertinentes de la Convención contra la Tortura siguen el modelo de la «fórmula de La Haya», el fallo de la Corte puede ayudar también a aclarar el sentido del régimen de enjuiciamiento o extradición establecido en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970, y otras convenciones que se han basado en la misma fórmula[441]. Dado que la Corte sostiene también que la prohibición de la tortura es una norma imperativa (*jus cogens*)[442], la fórmula de juzgar o extraditar establecida en la Convención contra la Tortura podría servir de modelo para los nuevos regímenes de enjuiciamiento o extradición que se apliquen a las prohibiciones incluidas en normas imperativas (*jus cogens*), como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra graves.

16) La Corte resuelve que los Estados partes en la Convención contra la Tortura tienen la obligación de tipificar la tortura, establecer su jurisdicción respecto del crimen de tortura a fin de dotarse del instrumento jurídico necesario para enjuiciar por ese delito y proceder inmediatamente a una investigación de los hechos desde el momento en que el sospechoso se encuentre en su territorio respectivo. La Corte declara: «Esas obligaciones, en su conjunto, pueden considerarse como elementos de un mismo mecanismo convencional que tiene por objeto evitar que los sospechosos puedan eludir las consecuencias de su responsabilidad penal, si se prueba»[443]. La obligación establecida en el artículo 7, párrafo 1, de someter «el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento», que la Corte denomina la «obligación de juzgar», nace con independencia de la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. No obstante, las autoridades nacionales son libres de decidir si procede iniciar la actuación penal a la luz de las pruebas a su disposición y de las normas pertinentes del procedimiento penal[444]. En particular, la Corte resuelve que «[l]a extradición es una opción que ofrece la convención al Estado, mientras que el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida en la convención, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito»[445]. La Corte señala también que tanto el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes subrayan que «las autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado»[446].

17) *Elementos básicos de la obligación de extraditar o juzgar que han de incluirse en la legislación nacional*. El cumplimiento efectivo de la obligación de extraditar o juzgar requiere que se tomen las medidas nacionales necesarias para tipificar los delitos correspondientes, se determine la jurisdicción sobre los delitos y la persona que se halle en el territorio del Estado, se investigue o se proceda a una investigación preliminar, se detenga al sospechoso y se someta el asunto a las autoridades que tengan competencia para iniciar actuaciones penales (lo que puede dar lugar o no al inicio de dichas actuaciones) o se proceda a la extradición, si otro Estado que tenga jurisdicción y la capacidad necesaria para enjuiciar al sospechoso formula una solicitud de extradición.

18) *Establecimiento de la necesaria jurisdicción*. El establecimiento de la jurisdicción es «un paso previo lógico» a la aplicación de una obligación de extraditar o juzgar al presunto autor de una infracción que se encuentre en el territorio de un Estado[447]. A los efectos del presente tema, cuando el crimen ha sido cometido presuntamente en el extranjero sin vínculo alguno con el Estado del foro, la obligación de extraditar o juzgar reflejará necesariamente el ejercicio de la jurisdicción universal[448], que es «la jurisdicción para determinar la

---

[440] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), págs. 450 a 461, párrs. 71 a 121.

[441] La Corte señala que el artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se inspira en una disposición similar que figura en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (ibíd., párr. 90). Como indica el Magistrado Donoghue: «Los párrafos dispositivos del presente fallo obligan solo a las Partes. Sin embargo, la interpretación por la Corte de un tratado multilateral (o del derecho internacional consuetudinario) puede tener consecuencias para otros Estados. El amplio alcance de la naturaleza de las cuestiones jurídicas que plantea esta causa queda puesto de manifiesto por el número de cuestiones planteadas por Miembros de la Corte durante el procedimiento oral […]» (declaración del Magistrado Donoghue en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, ibíd., pág. 590, párr. 21).

[442] Ibíd., párr. 99.

[443] Ibíd., pág. 455, párr. 91. Véanse también págs. 451, 452 y 456, párrs. 74, 75, 78 y 94.

[444] Ibíd., págs. 454 a 456, párrs. 90 y 94.

[445] Ibíd., pág. 456, párr. 95.

[446] Artículo 7, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, ibíd., párr. 90.

[447] Informe del Grupo Técnico *ad hoc* de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de jurisdicción universal (8672/1/09/Rev.1), anexo, párr. 11. La Corte Internacional de Justicia sostiene en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*) que el cumplimiento por los Estados partes en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de su obligación de establecer la jurisdicción universal de sus tribunales es una condición necesaria para poder proceder a una investigación preliminar y someter la causa a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (pág. 451, párr. 74).

[448] Según un autor, «[e]l principio *aut dedere aut judicare* coincide parcialmente con el de la jurisdicción universal cuando un Estado no tiene con el presunto crimen o sospechoso otro nexo que la mera presencia de la persona en su territorio» (M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2005, pág. 122).

jurisdicción territorial respecto de personas por hechos extraterritoriales»[449] cuando ni las víctimas ni los presuntos infractores son nacionales del Estado del foro ni se ha causado presuntamente daño alguno a los propios intereses nacionales del Estado del foro. Ahora bien, la obligación de extraditar o juzgar también puede ser reflejo de un ejercicio de la jurisdicción en virtud de otras razones. Así, si un Estado puede ejercer la jurisdicción amparándose en otra razón, tal vez no sea necesario invocar la jurisdicción universal en el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar.

La jurisdicción universal es un elemento decisivo en el enjuiciamiento de los presuntos autores de delitos de trascendencia internacional, especialmente cuando el presunto autor no es juzgado en el territorio donde se haya cometido el delito[450]. Varios instrumentos internacionales, como los muy ampliamente ratificados cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, exigen el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de los delitos a que se refieren esos instrumentos o, si no, la extradición de los presuntos delincuentes a otro Estado a efectos de su enjuiciamiento.

19) *Demora en la promulgación de la legislación necesaria*. Según dice la Corte en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la demora en promulgar la legislación necesaria para juzgar a los sospechosos afecta negativamente a la aplicación por el Estado parte de las obligaciones de proceder a una investigación preliminar y someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento[451]. La obligación del Estado va más allá de la mera promulgación de la legislación nacional necesaria. El Estado debe también ejercer efectivamente su jurisdicción respecto del sospechoso, empezando por la comprobación de los hechos[452].

20) *Obligación de investigar*. Según dice la Corte en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la obligación de investigar consta de varios elementos.

Por lo general, la obligación de investigar debe interpretarse a la luz del objeto y el fin del tratado aplicable, que es hacer más eficaz la lucha contra la impunidad[453].

La obligación tiene por objeto corroborar las sospechas que pesan sobre la persona de que se trata[454]. El punto de partida es la comprobación de los hechos pertinentes, que constituye una fase esencial en el proceso de la lucha contra la impunidad[455].

Las autoridades, en cuanto tengan motivos para sospechar que una persona que se encuentra en su territorio puede ser responsable de actos sujetos a la obligación de extraditar o juzgar, deben investigar. La investigación preliminar debe iniciarse inmediatamente. Este punto se alcanza, a más tardar, cuando se presenta la primera denuncia contra esa persona[456], en cuyo momento la comprobación de los hechos se hace imperativa[457].

Sin embargo, el mero interrogatorio del sospechoso con objeto de comprobar su identidad e informarle de las acusaciones que se le imputan no puede considerarse cumplimiento de la obligación de proceder a una investigación preliminar[458].

La investigación tiene que ser practicada por las autoridades que tienen encomendada la instrucción del sumario y la reunión de los hechos y elementos de prueba (por ejemplo, documentos y testimonios relativos a los hechos en cuestión y a la posible participación del sospechoso). Esas autoridades son las del Estado en que se cometió el presunto delito o las de cualquier otro Estado en que se hayan presentado denuncias en relación con el asunto. A fin de cumplir su obligación de proceder a una investigación preliminar, el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso debe solicitar la cooperación de las autoridades de los Estados antes mencionados[459].

Una investigación practicada con arreglo a la jurisdicción universal debe ser llevada a cabo con las mismas exigencias en materia de prueba que cuando el Estado tiene jurisdicción en virtud de un vínculo con el asunto en cuestión[460].

21) *Obligación de juzgar*. Según dice la Corte en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la obligación de juzgar se compone de diversos elementos.

La obligación de juzgar es realmente una obligación de someter el asunto a las autoridades competentes para iniciar actuaciones penales; no implica una obligación de iniciar esas actuaciones. En efecto, a la luz de los elementos de prueba, el cumplimiento de la obligación puede tener o no como resultado el inicio de actuaciones[461]. Las

---

[449] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss.; véase en particular la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, pág. 75, párr. 42.

[450] Conviene señalar que la «Obligación de conceder la extradición o de juzgar» del artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, está estrechamente relacionada con el «Establecimiento de jurisdicción» a que se refiere el artículo 8 de dicho proyecto, que exige que cada Estado parte en él adopte las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra, sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores. El comentario de la Comisión sobre el artículo 8 deja bien sentado que se piensa en la jurisdicción universal (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párr. 7).

[451] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), págs. 451 y 452, párrs. 76 y 77.

[452] Ibíd., pág. 453, párr. 84.

[453] Ibíd., pág. 454, párr. 86.

[454] Ibíd., pág. 453, párr. 83.

[455] Ibíd., págs. 453 y 454, párrs. 85 y 86.

[456] Ibíd., pág. 454, párr. 88.

[457] Ibíd., pág. 454, párr. 86.

[458] Ibíd., págs. 453 y 454, párr. 85.

[459] Ibíd., pág. 453, párr. 83.

[460] Ibíd., pág. 453, párr. 84.

[461] Véase también *Chili Komitee Nederland v. Public Prosecutor*, Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 4 de enero de 1995, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997), págs. 363 a 365, en el que el Tribunal de Apelación resolvió que el Fiscal neerlandés no se equivocó al negarse a encausar al ex Presidente chileno Pinochet durante su visita a Ámsterdam porque Pinochet podía tener derecho a la inmunidad de jurisdicción penal y los necesarios elementos de prueba

autoridades competentes deciden iniciar o no las actuaciones en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier presunto delito de carácter grave de acuerdo con la legislación del Estado interesado[462].

Las actuaciones relacionadas con el cumplimiento de la obligación de juzgar deben emprenderse sin dilación, lo antes posible, en particular una vez se haya presentado la primera denuncia contra el sospechoso[463].

El enjuiciamiento debe realizarse cuando proceda, de modo que no se dé lugar a la injusticia; de ahí que las medidas necesarias deban tomarse dentro de un plazo razonable[464].

22) *Obligación de extraditar*. Con respecto a la obligación de extraditar:

La extradición solo puede concederse a un Estado que tenga jurisdicción, por cualquier título, para procesar y juzgar al presunto infractor en cumplimiento de una obligación jurídica internacional que vincule al Estado en cuyo territorio se encuentre esa persona[465].

El cumplimiento de la obligación de extraditar no puede ser sustituido por la expulsión, la entrega extraordinaria u otros métodos informales de envío de un sospechoso a otro Estado[466]. Las solicitudes formales de extradición conllevan importantes protecciones de los derechos humanos que pueden faltar en los métodos informales de envío del sospechoso a otro Estado, como las entregas extraordinarias. Con arreglo a las leyes de extradición de la mayoría de los Estados, si no todos, los requisitos necesarios que han de cumplirse incluyen los principios de doble incriminación, *ne bis in idem*, *nullum crimen sine lege*, especialidad y no extradición del sospechoso para ser juzgado por motivos de origen étnico, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

23) *Conformidad con el objeto y el fin*. Las medidas que va a adoptar un Estado deben interpretarse a la luz del objeto y el fin del instrumento internacional pertinente u otras fuentes de la obligación internacional vinculante para ese Estado, lo que hace más eficaz la lucha contra la impunidad[467]. Vale la pena recordar también que, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que refleja el derecho internacional consuetudinario, un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado[468]. Además, las medidas adoptadas deben ser conformes con el estado de derecho.

24) En el caso de delitos graves de transcendencia internacional, el fin de la obligación de extraditar o juzgar es impedir que los presuntos autores eviten el castigo asegurándose de que no puedan encontrar refugio en ningún Estado[469].

25) *Ámbito de aplicación temporal de la obligación*. La obligación de extraditar o juzgar conforme a un tratado solo se aplica a los hechos que hayan tenido lugar después de su entrada en vigor respecto del Estado interesado «salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo»[470]. Una vez que un Estado es parte en un tratado que establezca la obligación de extraditar o juzgar, tendrá derecho, desde la fecha en que se haya convertido en parte en el tratado, a pedir a otro Estado parte que cumpla con la obligación de extraditar o juzgar[471]. Así pues, la obligación de tipificar los actos prohibidos por un tratado que recoge la obligación de extraditar o juzgar y de establecer la jurisdicción necesaria sobre ellos deberá llevarse a efecto tan pronto como el Estado se obligue por ese tratado[472]. Sin embargo, nada impide al Estado investigar o iniciar actuaciones penales en relación con actos cometidos antes de la entrada en vigor del tratado para ese Estado[473].

26) *Consecuencias del incumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar*. En la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Corte falló que el incumplimiento de una obligación internacional enunciada en la Convención contra

---

en los que fundar su persecución penal estarían en Chile, con el que los Países Bajos no tenían acuerdos de cooperación en materia procesal penal. Véase K. N. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism*, Oxford University Press 2011, pág. 88, nota 132.

[462] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), págs. 454 a 456, párrs. 90 y 94.

[463] Ibíd., págs. 460 y 461, párrs. 115 y 117.

[464] Ibíd., pág. 460, párrs. 114 y 115. Véanse la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade en esa causa, en las págs. 546 a 548, párrs. 148 y 151 a 153; la opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Sur en la misma causa, en la pág. 620, párr. 50; y la opinión disidente de la Magistrada Xue, en la pág. 578, párr. 28.

[465] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (fallo), ibíd., pág. 461 párr. 120.

[466] Véase el proyecto de artículo 12 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros aprobado por la Comisión en segunda lectura en el actual período de sesiones (pág. 39 *supra*); véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano v. France*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, demanda n.º 9990/82, párrs. 52 a 60, serie A n.º 111, asunto en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que la extradición, disfrazada de expulsión para eludir los requisitos de la extradición, es ilegal e incompatible con el derecho a la seguridad de la persona garantizado de conformidad con el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[467] Véase el razonamiento en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 407 *supra*), págs. 453 y 454, párrs. 85 y 86. Por consiguiente, la Corte resuelve que las dificultades financieras no pueden justificar que el Senegal no haya cumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ibíd., pág. 460, párr. 112). Asimismo, la solicitud de consejo a la Unión Africana no puede justificar el retraso del Senegal en cumplir su obligación de conformidad con la Convención (ibíd.).

[468] Ibíd., párr. 113.

[469] Ibíd., pág. 461, párr. 120. Como señaló también el Magistrado Cançado Trindade en su opinión separada en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*:

«[…] El comportamiento del Estado debe ser conducente a la conformidad con las obligaciones de resultado (en el presente caso, la prohibición de la tortura). El Estado no puede alegar que, a pesar de su correcto comportamiento, insuficiencias o dificultades de derecho interno hacen imposible el pleno cumplimiento de su obligación (declarar ilegal la tortura y juzgar a los autores materiales de esos actos); y la Corte no puede dar por concluida una causa en vista del supuesto "correcto comportamiento" del Estado interesado» (ibíd., pág. 508, párr. 50, y véase también su razonamiento completo en págs. 505 a 508, párrs. 44 a 51).

[470] Ibíd., págs. 457 y 458 párrs. 100 a 102, en que se cita el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969, que refleja el derecho internacional consuetudinario.

[471] Ibíd., pág. 458, párrs. 103 a 105.

[472] Ibíd., pág. 451, párr. 75.

[473] Ibíd., pág. 458, párrs. 102 y 105.

la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes es un hecho ilícito que genera la responsabilidad del Estado[474]. En tanto que no se hayan adoptado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la obligación, el Estado estará incumpliendo esa obligación[475]. Los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establecen que la comisión de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado produce consecuencias jurídicas, en particular la cesación y no repetición del hecho (art. 30), la reparación (arts. 31 y 34 a 39) y las contramedidas (arts. 49 a 54)[476].

27) *Relación entre la obligación y la «tercera alternativa»*. Tras la creación de la Corte Penal Internacional y los diversos tribunales penales internacionales *ad hoc*, existe ahora la posibilidad de que un Estado, ante la obligación de extraditar o juzgar a una persona acusada, pueda recurrir a una tercera alternativa: la de entregar al sospechoso a un tribunal penal internacional competente[477]. Esta tercera opción se establece en el artículo 11, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006[478].

28) En su opinión disidente en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Magistrada Xue entiende que si el Senegal hubiese entregado al presunto infractor a un tribunal internacional constituido por la Unión Africana para juzgarlo, no hubiera incumplido su obligación de enjuiciarlo de conformidad con el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, porque ese tribunal se habría creado para dar cumplimiento al fin de la Convención, lo cual no está prohibido por la propia Convención ni por la práctica de los Estados[479]. Evidentemente, en el supuesto de que «una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo»[480] de forma que la entrega de un presunto infractor a un tribunal penal internacional no esté permitida, tal entrega no eximiría a los Estados partes en el tratado de su obligación de extraditar o juzgar a la persona conforme a sus ordenamientos jurídicos internos respectivos.

29) Se sugiere que, en vista de la creciente importancia de los tribunales penales internacionales, las nuevas disposiciones convencionales sobre la obligación de extraditar o juzgar incluyan esa «tercera alternativa», como deberían hacer también las legislaciones nacionales.

30) *Observación adicional*. Un Estado podría desear también cumplir ambas partes de la obligación de extraditar o juzgar, por ejemplo, procesando, sometiendo a juicio e imponiendo una pena al autor de la infracción y, después, extraditándolo o entregándolo a otro Estado a los efectos de ejecución del fallo[481].

c) *Lagunas en el régimen convencional vigente y la «tercera alternativa»*

31) Tal y como se indica en el párrafo 14 *supra*, la Comisión reitera que hay importantes lagunas en el régimen convencional vigente que regula la obligación de extraditar o juzgar, especialmente en relación con la mayoría de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra que no sean infracciones graves y crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales. También observa que en 2014 había incluido en su programa de trabajo el tema «Crímenes de lesa humanidad», que incluiría como elemento de un nuevo tratado la obligación de extraditar o juzgar por esos crímenes[482]. Sugirió además que, por lo que respecta al genocidio, el régimen de cooperación internacional podría reforzarse para mejorar el que existe con arreglo a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948[483].

32) En lugar de redactar una serie de disposiciones modelo para llenar las lagunas en el régimen convencional vigente sobre la obligación de extraditar o juzgar, la Comisión recuerda que ya se recoge la obligación de extraditar o juzgar, entre otros, los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en el artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, que dice así:

> Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 [genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado] o 20 [crímenes de guerra] concederá la extradición de esa persona o la juzgará[484].

33) La Comisión también remite a la «fórmula de La Haya», mencionada en el párrafo 10 *supra*. Como se

---

[474] Ibíd., pág. 456, párr. 95.

[475] Ibíd., págs. 460 y 461, párr. 117.

[476] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[477] El artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, establece que la obligación de extraditar o juzgar en virtud de ese artículo se entiende «[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional» (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 34).

[478] «El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal.»

[479] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), opinión disidente de la Magistrada Xue, pág. 582, párr. 42 (que discrepa en otros aspectos).

[480] Artículo 28 de la Convención de Viena de 1969.

[481] Esta posibilidad fue planteada por el Relator Especial Galicki en su informe preliminar, *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, pág. 288, párrs. 49 y 50.

[482] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), anexo II.

[483] Ibíd., anexo I, párr. 20. Un estudio de Chatham House sugirió que la labor futura de la Comisión en este tema se centrara en la elaboración de una obligación convencional de extraditar o juzgar por los crímenes internacionales más graves y emulara el mecanismo de o extraditar o juzgar desarrollado en el artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970 e incorporado en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y, más recientemente, en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. Véase M. Zgonec-Rožej y J. Foakes, «International criminals: extradite or prosecute?», Chatham House Briefing Paper, IL BP 2013/01, julio de 2013.

[484] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 34; véase también el comentario de la Comisión sobre este artículo, ibíd., págs. 34 y 35.

señala en ese párrafo, la «fórmula de La Haya» ha servido de modelo para la mayoría de convenciones contemporáneas que contienen la obligación de extraditar o juzgar[485], entre ellas la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a las que aludieron varias delegaciones en la Sexta Comisión en 2013 como posible modelo para colmar las lagunas en el régimen convencional. Además, el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* es útil para interpretar la fórmula de La Haya[486]. La Comisión recomienda a los Estados que tomen en consideración la fórmula de La Haya cuando procedan a llenar las lagunas en el régimen convencional vigente.

34) La Comisión reconoce asimismo que algunos Estados[487] han planteado la cuestión del vínculo entre la obligación de extraditar o juzgar y el traslado de un sospechoso a una corte o tribunal internacional o especial, mientras que otros Estados[488] tratan ese traslado de un modo diferente a la extradición. Tal y como se señala en el párrafo 27 *supra*, la obligación de extraditar o juzgar puede cumplirse mediante la entrega del presunto infractor a un tribunal penal internacional competente[489]. En el artículo 11, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, figura una disposición a tal efecto que dice lo siguiente:

> El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido [un acto de genocidio/un crimen de lesa humanidad/un crimen de guerra], si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional [competente o a otra corte competente] cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal.

35) De conformidad con dicha disposición, la obligación de extraditar o juzgar se puede cumplir mediante una «tercera alternativa», que consiste en que el Estado entregue al presunto infractor a un tribunal penal internacional competente o a una corte competente cuya jurisdicción ese Estado haya reconocido. El tribunal o corte competente puede adoptar una forma de naturaleza similar a las Salas Africanas Extraordinarias, constituidas dentro del sistema judicial senegalés por acuerdo de fecha 22 de agosto de 2012 entre el Senegal y la Unión Africana para juzgar al Sr. Habré tras el fallo en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*[490]. Este tipo de «internacionalización» dentro de un sistema judicial nacional no es excepcional. Como tribunal establecido por acuerdo entre el Senegal y la Unión Africana, con participación de jueces nacionales y extranjeros, las Salas Africanas Extraordinarias siguen el ejemplo de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para el Líbano.

36) Los ejemplos anteriores ponen de relieve los elementos esenciales de una disposición que enuncie la obligación de extraditar o juzgar y pueden ayudar a los Estados a la hora de elegir la fórmula que estimen más oportuna en un contexto determinado.

d) *Prioridad entre la obligación de juzgar y la obligación de extraditar y el alcance de la obligación de juzgar*

37) La Comisión toma nota de la sugerencia formulada por una delegación[491] en la Sexta Comisión en 2013 de que se analicen estos dos aspectos del tema. También toma nota de las sugerencias de otras delegaciones[492] de que la Comisión establezca un marco general de delitos que den lugar a la extradición o unos principios rectores sobre la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar. Desea señalar a la atención el estudio de la Secretaría (2010)[493] y los párrafos 6 a 13 *supra*, en que se abordan estas cuestiones.

38) Para recapitular, más allá de los elementos comunes básicos, las disposiciones que establecen la obligación de extraditar o juzgar en las convenciones multilaterales varían notablemente en cuanto a su formulación, su contenido y su alcance. Así sucede en particular en lo que se refiere a las condiciones impuestas a los Estados en materia de extradición y enjuiciamiento y a la relación entre estas dos vías de actuación. Aun cuando la relación entre la obligación de extraditar y la obligación de juzgar no sea idéntica, parece que las disposiciones correspondientes pueden clasificarse en dos categorías principales: *a*) las cláusulas según las cuales la obligación de juzgar solo nace por la negativa a entregar al presunto infractor tras una solicitud de extradición; y *b*) las que imponen una obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto infractor se halle en el territorio del Estado, obligación de la que este puede quedar exento concediendo la extradición.

39) Los instrumentos que contienen cláusulas de la primera categoría imponen a los Estados partes (al menos a aquellos que no tienen un vínculo especial con el delito) la obligación de juzgar únicamente cuando la extradición se ha solicitado pero no se ha concedido, en contraposición a la obligación *ipso facto* de juzgar al presunto infractor que

---

[485] Véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), anexo I, párr. 16 y su nota 29. Véase también *supra* el párrafo 10 y su nota 432.

[486] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), anexo I, párrs. 21 y 22. Véanse también los párrafos 15 y 16 *supra*.

[487] Chile, Francia y Tailandia.

[488] El Canadá y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

[489] Véase también Consejo de Europa, *Extradition, European standards: Explanatory notes on the Council of Europe convention and protocols and minimum standards protecting persons subject to transnational criminal proceedings*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2006, donde se afirma que: «[…] En la era de los tribunales penales internacionales, el principio [*aut dedere aut judicare*] puede interpretarse *lato sensu* de modo que incluya el deber del Estado de trasladar a la persona a la jurisdicción de un órgano internacional, como la Corte Penal Internacional» (pág. 119, nota de pie de página omitida).

[490] Acuerdo firmado en Dakar el 22 de agosto de 2012 (véase ILM, vol. 52 (2013), págs. 1024 y ss.). Las Salas Africanas Extraordinarias son competentes para juzgar a la persona o las personas principalmente responsables de los crímenes internacionales cometidos en el Chad entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990. La Sala de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones están compuestas por dos jueces senegaleses y un juez de otra nacionalidad, que actúa como Presidente. Véase el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, arts. 3 y 11 (ibíd., págs. 1028 y 1030 y 1031).

[491] México.

[492] Cuba y Belarús, respectivamente.

[493] A/CN.4/630 (véase la nota 406 *supra*).

se encuentre en su territorio. Esos instrumentos reconocen al Estado la posibilidad de denegar la extradición de una persona por motivos previstos en el instrumento mismo o en su legislación nacional. Sin embargo, en el caso de que se deniegue la extradición, el Estado tiene la obligación de juzgar a la persona en cuestión. En otras palabras, estos instrumentos se centran principalmente en la opción de extraditar y prevén la alternativa de juzgar como garantía frente a la impunidad[494]. Asimismo, los instrumentos de esta categoría pueden adoptar mecanismos muy diferentes para castigar a los infractores, que pueden incidir en la relación entre la extradición y el enjuiciamiento. En algunos casos, existen disposiciones detalladas relativas al enjuiciamiento de los delitos a los que se refiere el instrumento, mientras que en otros casos se regula con más detalle el proceso de extradición. El Convenio Internacional de Represión de la Falsificación de Moneda de 1929 y los convenios y convenciones posteriores inspirados en él[495] pertenecen a esta primera categoría[496]. Los instrumentos multilaterales de extradición también forman parte de ella[497].

40) Las cláusulas de la segunda categoría imponen a los Estados una obligación de juzgar *ipso facto*, ya que esa obligación nace en cuanto se determina la presencia del presunto infractor en el territorio del Estado en cuestión, con independencia de cualquier solicitud de extradición. Únicamente en el supuesto de que se presente una solicitud de extradición, puede el Estado elegir discrecionalmente entre la extradición y el enjuiciamiento[498]. El ejemplo más claro de estas cláusulas es el artículo común de los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a este supuesto, que dispone que a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una infracción grave de dichos Convenios, cada Estado parte «deberá hacerlas comparecer» ante sus propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, pero que «[p]odrá también, si lo prefiere» entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado parte interesado[499]. En cuanto a la fórmula de La Haya, su texto no resuelve inequívocamente la cuestión de si la obligación de juzgar nace *ipso facto* o solo una vez que se haya presentado una solicitud de extradición y esta haya sido denegada[500]. En este sentido, son ilustradoras las conclusiones del Comité contra la Tortura y de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en relación con una disposición similar que figura en el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984[501]. El Comité contra la Tortura ha explicado que:

---

[494] Ibíd., párr. 132. En efecto, estas convenciones parecen seguir la orientación prevista originalmente por Hugo Grocio cuando aludió al principio *aut dedere aut punire* (Grotius (nota 416 *supra*), págs. 527 a 529, en especial pág. 527).

[495] Por ejemplo: la Convención para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, de 1936; el Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo, de 1937; el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1950; la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, de 1971. Véase también el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (nota 406 *supra*), párr. 29).

[496] La estructura general del mecanismo previsto en esas convenciones para el castigo de los infractores se basa en la idea de que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito solicitará la extradición del infractor que haya huido a otro Estado y de que, en principio, se concederá la extradición. No obstante, esas convenciones reconocen que los Estados pueden no conceder la extradición en algunos casos (particularmente cuando el interesado posea su nacionalidad o cuando le haya concedido asilo) y prevén la obligación de juzgar como alternativa (véase el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (nota 406 *supra*), párr. 133 y nota de pie de página 282, en la que se cita a Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Basilea/Ginebra, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000, pág. 286, que califica el sistema de *primo dedere secundo prosequi*).

[497] Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Extradición, de 1981; el Convenio Europeo de Extradición, de 1957; la Convención General sobre Cooperación Judicial (*Convention générale de coopération en matière de justice*), de 1961; la Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sobre Extradición, de 1994; y el Plan de Londres para la Extradición en el Commonwealth, de 2002. Estos instrumentos se basan en el compromiso general mutuo de los Estados partes de entregar a todas las personas que sean objeto de una causa abierta por las autoridades competentes de la parte requirente por un delito o que estén en busca y captura para la ejecución de una pena o de una medida privativa de libertad. Sin embargo, la obligación de extraditar está supeditada a diversas condiciones y excepciones, en particular cuando la solicitud se refiere a un nacional del Estado requerido. Cuando se deniega la extradición, esas convenciones imponen una obligación alternativa de juzgar al presunto infractor como mecanismo para evitar la impunidad. Véase también el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (nota 406 *supra*), párr. 134).

[498] Véase el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (nota 406 *supra*), párr. 127 y nota 262). Entre quienes consideran que la presencia del acusado en el territorio del Estado en cuestión es una condición previa al ejercicio de la jurisdicción universal se encuentran los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal (opinión separada conjunta en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 449 *supra*), pág. 80, párr. 57). Véase también la opinión separada del Magistrado Guillaume, ibíd., párr. 9; véase asimismo G. Guillaume, «Terrorisme et droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1989-III*, vol. 215, págs. 368 y 369. Sin embargo, Henzelin (nota 496 *supra*) sostiene que la presencia del presunto infractor en el territorio del Estado no es necesaria para su enjuiciamiento en virtud de la disposición de los Convenios de Ginebra de 1949 aplicable a este supuesto (pág. 354).

[499] Si bien esta disposición parece dar prioridad al enjuiciamiento por el Estado de detención, también reconoce que este Estado podrá optar discrecionalmente por la extradición, si el Estado requirente ha formulado cargos suficientes (véase el estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (nota 406 *supra*), párr. 128, en el que se cita D. Costello, «International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*», *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10 (1975), pág. 486; M. Cherif Bassiouni y E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, pág. 15; y C. Maierhöfer, *«Aut dedere – aut iudicare». Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, págs. 349 y 350. Entre los autores que hacen hincapié en la prioridad atribuida al enjuiciamiento en los Convenios de Ginebra de 1949, se suele incluir a Luigi Condorelli, «Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977», en P. Lamberti Zanardi y G. Venturini (eds.), *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali: Atti del Convegno, Milano, 15-17 maggio 1997*, Milán, Giuffrè, 1998, págs. 35 y 36; y a Henzelin (nota 496 *supra*) (quien califica el modelo de los Convenios de Ginebra de 1949 de *primo prosequi secundo dedere*)). Véase también el artículo 88, párr. 2, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, que dispone que los Estados partes «[t]omarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada», por lo que da a entender que es preferible el enjuiciamiento por este último Estado.

[500] El artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves dispone que «[e]l Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento […]».

[501] El artículo 7, párrafo 1, dispone: «El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

[…] la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo. Esta alternativa que se ofrece al Estado Parte en virtud del artículo 7 de la Convención existe solo si se ha formulado efectivamente esa solicitud de extradición y pone pues al Estado Parte en la situación de escoger entre *a*) proceder a esa extradición o *b*) someter el caso a sus propias autoridades judiciales para iniciar la acción penal, ya que la disposición tiene por finalidad evitar la impunidad por todo acto de tortura[502].

41) Del mismo modo, en la *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Corte Internacional de Justicia consideró que el artículo 7, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura:

> […] impone al Estado interesado la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, independientemente de la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el artículo 6, párrafo 2, obliga al Estado a realizar una investigación preliminar de los hechos no bien el sospechoso se halle en su territorio. La obligación de someter el caso a las autoridades competentes, en virtud del artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se inicie un procedimiento en función de la evaluación por estas de los elementos de prueba a su disposición, relativos a los cargos en contra del sospechoso.
>
> Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se encuentra el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en uno de los supuestos previstos en las disposiciones de la Convención, puede liberarse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud. […][503]

42) Por consiguiente, de eso se desprende que «la elección entre la extradición y el enjuiciamiento con arreglo a la Convención no significa que las dos alternativas tengan el mismo peso. La extradición es una opción ofrecida al Estado por la Convención, mientras que el enjuiciamiento es una obligación contraída en virtud de la Convención, cuyo incumplimiento constituye un hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado»[504].

43) Por lo que hace al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1996, el artículo 9 establece que el Estado parte en cuyo territorio se halle una persona que presuntamente haya cometido uno de esos crímenes «concederá la extradición de esa persona o la juzgará». El comentario al artículo 9 aclara que la obligación de juzgar nace con independencia de que haya alguna solicitud de extradición[505].

44) El alcance de la obligación de juzgar ya se ha examinado en detalle en los párrafos 21 a 26 *supra*.

e) *La relación entre la obligación de extraditar o juzgar y las obligaciones* erga omnes *o las normas de* jus cogens

45) La Comisión observa que una delegación[506] planteó en la Sexta Comisión en 2013 la cuestión de la incidencia del principio *aut dedere aut judicare* en la responsabilidad internacional en el caso de obligaciones *erga omnes* o de normas de *jus cogens*, como la prohibición de la tortura. Esa delegación sugirió que se examinaran los aspectos siguientes: *a*) con respecto a quién existe la obligación; *b*) quién puede solicitar la extradición; y *c*) quién tiene un interés jurídico para invocar la responsabilidad internacional de un Estado por incumplimiento de su «obligación de juzgar o extraditar».

46) Varios miembros de la Comisión señalaron que esta cuestión concernía probablemente a la interpretación de las normas convencionales. Las conclusiones formuladas a este respecto por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* deben leerse en el contexto específico de ese caso concreto. En dicha causa, la Corte interpretó que el objeto y el fin de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes daban lugar a «obligaciones *erga omnes partes*», por lo que todos los Estados partes tenían un «interés común» en el cumplimiento de esas obligaciones y, por tanto, cada uno de ellos tenía derecho a exigir que se pusiera fin al presunto incumplimiento por otro Estado parte[507]. La cuestión del *jus cogens* no era esencial en este punto. A juicio de la Comisión, la Corte estaba diciendo que, en la medida en que los Estados eran partes en la Convención contra la Tortura, tenían un interés común en impedir los actos de tortura y en velar por que, de producirse, los responsables no quedaran impunes.

47) Otros tratados, aun cuando no incluyan normas de *jus cogens*, pueden dar lugar también a obligaciones *erga omnes*. En otras palabras, todos los Estados partes pueden tener un interés jurídico en invocar la responsabilidad internacional de un Estado parte por incumplir su obligación de extraditar o juzgar.

48) El Estado que puede solicitar la extradición será por regla general un Estado parte en la correspondiente convención o que tenga un acuerdo o compromiso recíproco de extradición con el Estado requerido, que sea competente para conocer del delito, que esté dispuesto a juzgar al presunto infractor y con capacidad para hacerlo y que respete las normas internacionales aplicables en materia de protección de los derechos humanos del acusado[508].

---

[502] *Suleymane Guengueng y otros c. Senegal* (Fondo), comunicación n.º 181/2001, decisión del Comité contra la Tortura adoptada a tenor del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 36.º período de sesiones, 17 de mayo de 2006, Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/61/44), pág. 193, párr. 9.7.

[503] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), pág. 456, párrs. 94 y 95.

[504] Ibíd., párr. 95.

[505] «El Estado de detención tiene la obligación de adoptar medidas para asegurar que esa persona sea juzgada por las autoridades nacionales de ese Estado o por otro Estado que indique que está dispuesto a juzgar el caso al solicitar la extradición» (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 34, párrafo 3 del comentario del artículo 9). También conviene hacer referencia al artículo 8 del proyecto de código, que dispone que cada Estado parte «adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción» sobre los crímenes previstos en el proyecto de código «sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores» (ibíd., pág. 30).

[506] México.

[507] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), págs. 449 y 450, párrs. 67 a 70. Véase también la opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, págs. 527 a 529, párrs. 104 a 108, y la declaración de la Magistrada Donoghue, págs. 586 a 589, párrs. 9 a 17. Véase también la opinión disidente de la Magistrada Xue, págs. 571 a 577, párrs. 2 a 23, y la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Sur, págs. 608, 610 y 611, párrs. 13, 19 y 20. Asimismo, véase la opinión separada del Magistrado Skotnikov, págs. 482 a 485, párrs. 9 a 22.

[508] Véase, por ejemplo, Consejo de Europa, *Extradition, European standards…* (nota 489 *supra*), Part II.I, cap. 4 (Material human rights guarantees as limitations to extradition), págs. 123 y ss.; *Code*

(Continuación en la página siguiente.)

f) *El estatus de derecho internacional consuetudinario de la obligación de extraditar o juzgar*

49) La Comisión observa que, en opinión de algunas delegaciones en la Sexta Comisión, la obligación de extraditar o juzgar no existía en el derecho internacional consuetudinario, mientras que, a juicio de otras, el estatus de derecho internacional consuetudinario de dicha obligación merecía seguir siendo examinado por la Comisión[509].

50) Cabe recordar que, en 2011, el entonces Relator Especial Galicki propuso en su cuarto informe un proyecto de artículo sobre la costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*[510].

51) No obstante, el proyecto de artículo no fue bien recibido ni en la Comisión[511] ni en la Sexta Comisión[512]. Hubo desacuerdo general con la conclusión de que la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar pudiera desprenderse de la existencia de normas consuetudinarias que prohíben determinados crímenes internacionales.

52) La determinación de si la obligación de extraditar o juzgar se ha convertido o se está convirtiendo en una norma de derecho internacional consuetudinario, o al menos en una norma de derecho regional consuetudinario, puede servir para indicar si un proyecto de artículo propuesto por la Comisión constituye codificación o se trata de desarrollo progresivo del derecho internacional. No obstante, la Comisión, al haber decidido que el resultado de su labor sobre este tema no adopte la forma de un proyecto de artículos, ha considerado innecesario ofrecer fórmulas alternativas a la propuesta por el Sr. Galicki.

53) La Comisión desea aclarar que cuanto precede no debe interpretarse en el sentido de que ha concluido que la obligación de extraditar o juzgar no se ha convertido o no está cristalizando aún en una norma de derecho internacional consuetudinario, sea de carácter general o regional.

54) Cuando la Comisión aprobó el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en 1996, la disposición sobre la obligación de extraditar o juzgar que contenía constituyó desarrollo progresivo del derecho internacional, como se explica en el párrafo 3 *supra*. Desde la conclusión del proyecto de código, puede que haya habido otros casos de desarrollo del derecho internacional que reflejen la práctica de los Estados y la *opinio juris* a este respecto.

55) La Comisión observa que, en 2012, la Corte Internacional de Justicia dictaminó, en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, que no tenía competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de Bélgica relativas al presunto incumplimiento por el Senegal de obligaciones reconocidas en derecho internacional consuetudinario, porque, en la fecha en que Bélgica presentó la solicitud, la controversia entre Bélgica y el Senegal no estaba relacionada con el incumplimiento de obligaciones reconocidas en derecho internacional consuetudinario[513]. Por ello, aún tiene que surgir una oportunidad para que la Corte determine si la obligación de extraditar o juzgar tiene o no el estatus de derecho internacional consuetudinario[514].

(Continuación de la nota 508.)

of Minimum Standards of Protection to Individuals Involved in Transnational Proceedings, Report to the Committee of Experts on Transnational Criminal Justice, European Committee on Crime Problems, Consejo de Europa (PC-TJ/Docs 2005/PC-TJ (2005) 07 E. Azaria), Estrasburgo, 16 de septiembre de 2005.

[509] Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates celebrados por la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), párr. 60.

[510] *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/648, párr. 95. El proyecto de artículo decía lo siguiente:

«*Artículo 4. La costumbre internacional como fuente de la obligación* aut dedere aut judicare

1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional.

2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a [las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra].

3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*jus cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2.»

[511] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 320 a 326.

[512] En concreto, algunos Estados expresaron su desacuerdo con la conclusión de que la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar pudiera deducirse necesariamente de la existencia de normas consuetudinarias que prohíben determinados crímenes internacionales (véase el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo sexto período de sesiones (A/CN.4/650 [y Add.1]), párr. 48 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 64.º período de sesiones)). Véanse también las posiciones de la Argentina (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión*, A/C.6/62/SR.22, párr. 58), y de la Federación de Rusia (*Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/599, pág. 147, párr. 22).

[513] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 407 *supra*), págs. 444 y 445, párrs. 53 a 55, y pág. 462, párr. 122.2, en el que el Magistrado Abraham y el Magistrado *ad hoc* Sur discrepan en este punto (ibíd., opinión separada del Magistrado Abraham, págs. 471 a 476, párrs. 3 a 20; opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Sur, pág. 610, párr. 17).

[514] El Magistrado Abraham y el Magistrado *ad hoc* Sur concluyeron que, si se hubiera considerado competente, la Corte no habría estimado la pretensión de Bélgica de que existía la obligación de juzgar o extraditar de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. En su opinión separada, el Magistrado Abraham estimó que no había pruebas suficientes, a partir de la práctica de los Estados y la *opinio juris*, de una obligación consuetudinaria de los Estados de perseguir penalmente ante sus tribunales internos a personas sospechosas de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad sobre la base de la jurisdicción universal, incluso cuando se limitara a los casos en que el sospechoso se encontrara en el territorio del Estado del foro (ibíd., opinión separada del Magistrado Abraham, págs. 476 a 480, párrs. 21, 24 y 25, y 31 a 39).

En su opinión, el Magistrado *ad hoc* Sur afirmó que, a pesar del silencio de la Corte, o quizás a causa de dicho silencio, parece claro que no se puede establecer en derecho positivo la existencia de una obligación consuetudinaria de juzgar o extraditar, o incluso simplemente de juzgar (ibíd., voto particular disconforme del Magistrado *ad hoc* Sur, pág. 610, párr. 18).

En cambio, las opiniones separadas del Magistrado Cançado Trindade (ibíd., opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, pág. 544, párr. 143) y de la Magistrada Sebutinde (ibíd., opinión separada de la Magistrada Sebutinde, pág. 604, párrs. 41 y 42) hicieron hincapié en que la Corte tan solo concluyó que no tenía competencia para examinar el fondo de las cuestiones de derecho internacional consuetudinario a la vista de los hechos presentados en la causa.

En cualquier caso, las referencias a la existencia o inexistencia de la obligación en derecho consuetudinario en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* se entendían hechas a la obligación en los casos de crímenes de lesa humanidad y de crímenes

g) *Otros asuntos que siguen siendo pertinentes en el marco general de 2009*

56) La Comisión observa que se seguía mencionando el marco general de 2009[515] en la Sexta Comisión[516] como documento pertinente para la labor de la Comisión sobre el tema.

57) El marco general de 2009 planteaba diversas cuestiones en relación con la obligación de extraditar o juzgar que se abordan en los párrafos anteriores, pero hay otras cuestiones que no se han tratado, a saber: la relación de la obligación con los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* y con el principio *non bis in idem* (prohibición de juzgar dos veces a una persona por el mismo delito); las implicaciones de un conflicto entre varios principios (por ejemplo, la no extradición de nacionales frente al no procesamiento en derecho interno; obstáculos para el procesamiento frente al riesgo de que el acusado sea torturado o no goce de las debidas garantías procesales en el Estado al que se prevé extraditarlo); limitaciones constitucionales; circunstancias que excluyen la efectividad de la obligación (por ejemplo, delitos políticos o carácter político de una solicitud de extradición; situaciones de emergencia; inmunidad); el problema de las solicitudes de extradición múltiples; garantías en caso de extradición; y otras cuestiones relacionadas con la extradición en general.

58) La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha preparado la Ley Modelo sobre Extradición de 2004, que aborda la mayoría de estas cuestiones[517]. El

---

de guerra en conflictos armados internos. No se mencionaba dicha obligación en el contexto de genocidio, crímenes de guerra en conflictos armados internacionales ni otros crímenes de trascendencia internacional como los actos de terrorismo.

[515] Para facilitar su consulta, se reproduce aquí el marco general de 2009 (véase la nota 404 *supra*), que dice así:

Lista de cuestiones y problemas que han de examinarse

a) Fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar

i) La obligación de extraditar o juzgar y la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad;

ii) la obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor: tipología de las disposiciones convencionales; diferencias y semejanzas entre esas disposiciones, y su evolución (cf. convenciones sobre el terrorismo);

iii) si la obligación de extraditar o juzgar encuentra un fundamento en derecho internacional consuetudinario, y en qué medida[*];

iv) si la obligación de extraditar o juzgar está vinculada indisolublemente con ciertos «delitos de derecho consuetudinario» (por ejemplo, la piratería)[*];

v) si se pueden encontrar principios regionales relativos a la obligación de extraditar o juzgar[*].

b) Ámbito *ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar

Determinación de las categorías de infracción penal (por ejemplo, crímenes de derecho internacional; crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; crímenes de trascendencia internacional; otros crímenes graves) a las que se refiere la obligación de extraditar o juzgar según el derecho internacional convencional consuetudinario:

i) si el reconocimiento de una infracción penal como crimen internacional es una base suficiente para la existencia de una obligación de extraditar o juzgar según el derecho internacional consuetudinario[*];

ii) si no es así, ¿cuál es o cuáles son los criterios decisivos? ¿Pertinencia del carácter de *jus cogens* de una norma que erige determinados comportamientos en crímenes[*]?

iii) si existe también la obligación con respecto a delitos de derecho interno, y en qué medida.

c) Contenido de la obligación de extraditar o juzgar

i) Definición de los dos elementos; significado de la obligación de juzgar; medidas que es necesario adoptar para que el ejercicio de la acción penal sea considerado «suficiente»; cuestión de los plazos en que debe ejercitarse la acción penal;

ii) si tiene importancia el orden de los dos elementos;

iii) si uno de los dos elementos tiene prioridad sobre el otro – ¿tiene el Estado requerido una potestad discrecional?

d) Relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios

i) La obligación de extraditar o juzgar y el principio de la jurisdicción universal (¿implica una necesariamente la otra?);

ii) la obligación de extraditar o juzgar y la cuestión general del «título» para ejercer la jurisdicción (territorialidad, nacionalidad);

iii) la obligación de extraditar o juzgar y los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*[**];

iv) la obligación de extraditar o juzgar y el principio *non bis in idem* (prohibición de segundo enjuiciamiento por el mismo delito)[**];

v) la obligación de extraditar o juzgar y el principio de la no extradición de los nacionales[**];

vi) ¿qué ocurre en caso de conflicto de principios (por ejemplo: no extradición de nacionales contra no procesamiento en derecho interno; dificultades para ejercitar la acción penal, contra riesgo de que el acusado sea torturado o no goce de las garantías procesales debidas en el Estado al que se prevé extraditarlo)?; limitaciones constitucionales[**].

e) Condiciones del nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar

i) Presencia del supuesto infractor en el territorio del Estado;

ii) jurisdicción del Estado respecto del delito en cuestión;

iii) existencia de una solicitud de extradición (grado de formalismo requerido); relaciones con el derecho a expulsar a los extranjeros;

iv) existencia, y eventuales consecuencias, de una solicitud de extradición presentada anteriormente y rechazada;

v) carga de la prueba (en qué medida la solicitud de extradición debe ser probada);

vi) circunstancias que pueden impedir el nacimiento de la obligación (por ejemplo, delitos políticos o carácter político de una solicitud de extradición; situaciones de emergencia; inmunidad).

f) Modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar

i) Funciones respectivas del poder judicial y del poder ejecutivo;

ii) forma de conciliar la obligación de extraditar o juzgar con la discrecionalidad de las autoridades que ejercitan la acción penal;

iii) si la disponibilidad de la prueba influye en el modo de hacer efectiva la obligación;

iv) forma de tratar solicitudes de extradición múltiples;

v) garantías en caso de extradición;

vi) si el supuesto infractor debe permanecer en prisión provisional hasta que se adopte una decisión sobre su extradición o enjuiciamiento; o posibilidades de otras medidas de privación de la libertad;

vii) control del modo de hacer efectiva la obligación;

viii) consecuencias del incumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar.

g) Relación entre la obligación de extraditar o juzgar y la entrega del supuesto infractor a un tribunal penal internacional competente (la «tercera alternativa»)

i) En qué medida la «tercera alternativa» repercute en las otras dos.

[* Tal vez solo sea posible resolver definitivamente estas cuestiones en una fase más avanzada, en particular después de haber analizado detenidamente el alcance y el contenido de la obligación de extraditar o juzgar en los regímenes convencionales en vigor. Tal vez sería conveniente además examinar el carácter consuetudinario de la obligación con respecto a determinados delitos.

** Tal vez sea necesario también plantear esta cuestión, en relación con el modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar (*f*).]

[516] En el debate de la Sexta Comisión en 2012, Austria, los Países Bajos y Viet Nam estimaron que el marco general de 2009 era un complemento valioso de la labor de la Comisión. En opinión de los Países Bajos, los trabajos de la Comisión deberían dar lugar, en última instancia, a un proyecto de artículos basados en el marco general. En el debate de la Sexta Comisión en 2013, Austria reiteró la utilidad del marco general de 2009 para la labor del presente Grupo de Trabajo.

[517] Véase la nota 428 *supra*. Véanse también los Manuales Revisados sobre el Tratado modelo de extradición y el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales, ibíd.

estudio de la Secretaría (2010) también ha explicado que las convenciones multilaterales sobre extradición suelen fijar las condiciones aplicables al proceso de extradición[518]. Casi todos los instrumentos de este tipo supeditan la extradición a las condiciones previstas por la legislación del Estado requerido. Puede haber motivos de denegación relacionados con el delito (por ejemplo, la prescripción, el incumplimiento de los requisitos de doble incriminación, la especialidad, los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* o *non bis in idem*, o que el delito esté castigado con la pena de muerte en el Estado requirente) o no tan relacionados con él (por ejemplo, la concesión de asilo político a la persona o la concurrencia de razones humanitarias para denegar la extradición). El grado de especificidad de las condiciones aplicables a la extradición varía en función de factores tales como las inquietudes específicas expresadas durante las negociaciones (por ejemplo, la no extradición de nacionales, la aplicación o no aplicación de cláusulas de excepción política o excepción fiscal), la naturaleza particular del delito (por ejemplo, el riesgo de que la denegación de la extradición en razón del carácter político del delito parezca ser mayor en el caso de ciertos crímenes) y los cambios de redacción para tener en cuenta problemas que puedan haberse obviado en el pasado (por ejemplo, la posible trivialidad de la solicitud de extradición o la protección de los derechos del presunto infractor) o tomar en consideración novedades o cambios en el entorno[519].

[518] Estudio de la Secretaría (2010) (A/CN.4/630 (véase la nota 406 *supra*)), párr. 139.

[519] Ibíd., párr. 142.

59) La relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios enumerados en el marco general de 2009 pertenece no solo al derecho internacional sino también al derecho constitucional y al derecho interno de los Estados en cuestión. Cualesquiera que sean las condiciones previstas por el derecho interno o por un tratado en relación con la extradición, no se deben aplicar de mala fe, con el efecto de proteger a un presunto infractor de su enjuiciamiento en una jurisdicción penal competente o de su extradición a esta. En el caso de los crímenes más graves, el objeto y el fin del derecho interno pertinente o del tratado aplicable es velar por que los autores de esos crímenes no queden impunes, lo que implica que esos crímenes no puedan considerarse nunca delitos políticos y estar exentos de la extradición[520].

[520] Buen ejemplo de ello es el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición de 1957, de 15 de octubre de 1975, que dice lo siguiente:

«Para la aplicación del artículo 3 [sobre delitos políticos] del Convenio, no se considerará que son delitos políticos:

a) los crímenes de lesa humanidad previstos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas;

b) las infracciones previstas en el artículo 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, el artículo 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, el artículo 130 del Convenio de Ginebra de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra y el artículo 147 del Convenio de Ginebra de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra;

c) cualesquiera violaciones análogas de las leyes de la guerra, en vigor cuando empiece a aplicarse el presente Protocolo y de las costumbres de la guerra existentes en ese momento, que no estén ya previstas por las susodichas disposiciones de los Convenios de Ginebra.»

Capítulo VII

LOS ACUERDOS ULTERIORES Y LA PRÁCTICA ULTERIOR EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

A. Introducción

66. En su 60.º período de sesiones (2008) la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Los tratados en el tiempo» y establecer un grupo de estudio sobre el tema en su 61.º período de sesiones[521]. En su 61.º período de sesiones (2009), la Comisión estableció el Grupo de Estudio sobre los tratados en el tiempo, presidido por el Sr. Georg Nolte. En ese período de sesiones los debates del Grupo de Estudio giraron en torno a la identificación de las cuestiones que había que tratar, los métodos de trabajo del Grupo de Estudio y el posible resultado de la labor de la Comisión sobre el tema[522].

67. Del 62.º período de sesiones al 64.º período de sesiones (2010 a 2012) se volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Georg Nolte. El Grupo de Estudio examinó tres informes, que su Presidente expuso de manera informal, en los que se abordaron, respectivamente, la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales de jurisdicción especial[523], la jurisprudencia de los regímenes especiales relativa a los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior[524] y los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales[525].

68. En el 64.º período de sesiones (2012), la Comisión, tomando como base la recomendación del Grupo de Estudio[526], decidió también: *a*) modificar, a partir del 65.º período de sesiones (2013), la estructura de la labor sobre el tema, con arreglo a la sugerencia del Grupo de Estudio; y *b*) nombrar al Sr. Georg Nolte Relator Especial para el tema «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados»[527].

69. En el 65.º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial[528] y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión[529].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

70. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), que examinó en sus sesiones 3205.ª a 3209.ª, celebradas del 15 al 22 de mayo de 2014.

71. En su segundo informe, el Relator Especial examinó los siguientes aspectos del tema: la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (párrs. 3 a 19); los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de los tratados (párrs. 20 a 41); la forma y el valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31, párrafo 3 b (párrs. 42 a 48); las condiciones para un «acuerdo» de las partes acerca de la interpretación de un tratado con arreglo al artículo 31, párrafo 3 (párrs. 49 a 75); las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes (párrs. 76 a 111); y el posible alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior (párrs. 112 a 166). El informe contenía también información sobre el futuro programa de trabajo (párr. 167). El Relator Especial propuso un proyecto de conclusión en relación con cada una de las cuestiones abordadas[530].

---

[521] En su 2997.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 353). Por lo que respecta a la sinopsis del tema, véase ibíd., anexo I. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, tomó nota de la decisión.

[522] Véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 226.

[523] Véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 345 a 354, y *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 337.

[524] Véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 338 a 341, y *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 230 y 231.

[525] Véase *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 232 a 234. En el 63.º período de sesiones (2011) el Presidente del Grupo de Estudio presentó nueve conclusiones preliminares reformuladas a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 344). En el 64.º período de sesiones (2012), el Presidente presentó el texto de seis conclusiones preliminares adicionales, reformuladas también a la luz de las deliberaciones celebradas en el Grupo de Estudio (*Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 240). El Grupo de Estudio examinó también la estructura que debía adoptar la futura labor sobre el tema, así como el posible resultado de esa labor. El Presidente hizo una serie de sugerencias, que fueron acordadas por el Grupo de Estudio (ibíd., párrs. 235 a 239).

[526] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 226 a 239.

[527] Ibíd., párr. 227.

[528] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/660.

[529] Ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 33 a 39. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1 (Regla general y medios de interpretación de los tratados); 2 (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación); 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo); 4 (Definición de acuerdo ulterior y de práctica ulterior); y 5 (Atribución de la práctica ulterior).

[530] Los seis proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial decían lo siguiente:

Proyecto de conclusión 6. Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

A fin de determinar si se está en presencia de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en los artículos 31 3) y 32 es preciso realizar un examen atento, en particular sobre si las partes, mediante un acuerdo o práctica, asumen una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si están motivadas por otras consideraciones.

Proyecto de conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

1. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 3) y 32 pueden contribuir a aclarar el sentido de un

(Continuación en la página siguiente.)

72. En su 3209.ª sesión, el 22 de mayo de 2014, la Comisión remitió los proyectos de conclusión 6 a 11, contenidos en el segundo informe del Relator Especial, al Comité de Redacción.

73. En su sesión 3215.ª, el 5 de junio de 2014, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente cinco proyectos de conclusión (véase la sección C.1 *infra*).

74. En su sesiones 3239.ª a 3240.ª, celebradas el 6 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

(Continuación de la nota 530.)

tratado, en particular reduciendo o ampliando la variedad de interpretaciones posibles o poniendo de manifiesto cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a las partes.

2. El valor de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior como medio de interpretación puede depender, entre otros factores, de la especificidad de ese acuerdo o práctica.

Proyecto de conclusión 8. Forma y valor de la práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) b)

La práctica ulterior prevista en el artículo 31 3) *b*) puede adoptar diversas formas y debe reflejar el acuerdo común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Su valor como medio de interpretación dependerá de la medida en que dicha práctica sea concordante, común y coherente.

Proyecto de conclusión 9. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

1. No es preciso que un acuerdo mencionado en el artículo 31 3) *a*) y *b*) revista una forma en particular ni que sea vinculante en sí mismo.

2. Un acuerdo en virtud del artículo 31 3) *b*) requiere una coincidencia de pareceres conocida por las partes acerca de la interpretación del tratado. El número de partes que deben seguir activamente una práctica ulterior para que pueda considerarse que consta un acuerdo en virtud del artículo 31 3) *b*) puede variar. Cuando las circunstancias requieran algún tipo de reacción, el silencio de una o más partes puede equivaler a una aceptación de la práctica ulterior.

3. Un acuerdo o práctica ulterior común no necesariamente indica que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede reflejar un acuerdo para no aplicar temporalmente el tratado o para establecer un arreglo práctico (*modus vivendi*).

Proyecto de conclusión 10. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de los Estados partes

1. Una conferencia de los Estados partes, con arreglo al presente proyecto de conclusiones, es una reunión de los Estados partes en un tratado cuya finalidad es examinarlo o aplicarlo, excepto si esos Estados partes actúan como miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión aprobada en el marco de una conferencia de los Estados partes depende en primer lugar del tratado y del reglamento aplicable. En función de las circunstancias, esa decisión puede constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31 3) *a*), o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31 3) *b*) o el artículo 32.

3. Una decisión adoptada en el marco de una conferencia de los Estados partes constituye un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de conformidad con el artículo 31 3) en la medida en que exprese un acuerdo sustancial entre las partes respecto de la interpretación de un tratado, con independencia de la forma que revista y del procedimiento que se haya seguido para su adopción.

Proyecto de conclusión 11. Alcance de la interpretación por medio de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

1. El alcance de la interpretación basada en los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31 3) puede ser amplio.

2. Se presume que mediante un acuerdo ulterior o una práctica ulterior, las partes en un tratado tienen la intención de interpretarlo y no de modificarlo. La posibilidad de modificar un tratado por medio de la práctica ulterior de las partes no ha obtenido un reconocimiento generalizado.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones

1. Texto de los proyectos de conclusión

75. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones:

Conclusión 6. Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

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

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

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

Conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

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

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

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

Conclusión 8. Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

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

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

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

Conclusión 9. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

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

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

Conclusión 10. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

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

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o dar lugar a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

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

2. Texto de los proyectos de conclusión y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones

76. A continuación figura el texto de los proyectos de conclusión, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones.

Conclusión 6. Identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

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

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

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

Comentario

1) El propósito del proyecto de conclusión 6 es indicar que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, deben ser identificados.

2) La primera oración del párrafo 1 recuerda que la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a los efectos del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere una consideración particular de la cuestión de si las partes, en virtud de un acuerdo o una práctica, han adoptado una posición acerca de la interpretación de un tratado, o si estuvieron motivadas por otras consideraciones.

3) Los acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, deben ser «acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones», y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, debe ser «en la aplicación del tratado» y por la cual conste un acuerdo «acerca de la interpretación»[531]. La relación entre los términos «interpretación» y «aplicación» en el artículo 31, párrafo 3, no es meridianamente clara. La «interpretación» es el proceso mediante el que se aclara el sentido de un tratado, incluidas una o más de sus disposiciones. La «aplicación» abarca un comportamiento mediante el que se ejercen los derechos o se cumplen las obligaciones que prevé un tratado, plenamente o en parte. La «interpretación» se refiere a un proceso mental, mientras que la «aplicación» se centra en el comportamiento en sí (acciones y omisiones). A este respecto, los dos conceptos son distinguibles y pueden servir propósitos diferentes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 (véanse los párrafos 4 a 6 *infra*), pero también están estrechamente relacionados y se complementan entre sí.

4) Si bien puede haber aspectos de la «interpretación» que no estén relacionados con la «aplicación» de un tratado[532], la aplicación de un tratado conlleva, de manera casi inevitable, algún elemento de interpretación, aun en los casos en los que la norma en cuestión esté aparentemente clara[533]. Así pues, un acuerdo o un comportamiento «acerca de la interpretación» del tratado y un acuerdo o un comportamiento «en la aplicación» del tratado llevan

---

[531] Véase el proyecto de conclusión 4 y el comentario correspondiente, párrs. 16 a 19 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 33 y 34).

[532] Según Haraszti, la interpretación supone «la elucidación de un texto en cuanto a su sentido y su objetivo», mientras que la aplicación «supone la especificación de las consecuencias que conlleva para las partes contratantes» (G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, pág. 18); si bien reconoce que «una norma jurídica sea cual sea la forma en que se manifieste no puede aplicarse a menos que se haya elucidado su contenido» (ibíd., pág. 15).

[533] «Harvard Draft Convention on the Law of Treaties», AJIL *Supp.*, vol. 29 (1935), págs. 657 y ss., en especial págs. 938 y 939; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 372; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed. rev., Manchester University Press, 1984, pág. 116; Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe del Grupo de Estudio de la Comisión completado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1]), párr. 423; disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones (el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte)); R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, págs. 27 a 29 y 213; M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, vol. 151, pág. 47; U. Linderfalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, n.º 1 (2007), págs. 141 a 144 y pág. 147; G. Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), pág. 44; M. E. Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The "crucible" intended by the International Law Commission», en E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pág. 111.

implícito, ambos, que las partes asumen, o se les atribuye, una posición acerca de la interpretación del tratado[534]. Mientras que en el caso de un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* (primera alternativa), la posición acerca de la interpretación de un tratado es asumida de manera específica e intencionada por las partes, esto pude ser menos claro de identificar en el caso de un «acuerdo ulterior […] acerca […] de la aplicación de sus disposiciones», en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* (segunda alternativa)[535]. Asumir una posición respecto de la interpretación «en la aplicación» también está implícito en actos simples de aplicación del tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, es decir, en «toda medida adoptada sobre la base del tratado interpretado»[536]. La palabra «o» en el artículo 31, párrafo 3 *a*, no describe pues una relación mutuamente excluyente entre «interpretación» y «aplicación».

5) La importancia de una «aplicación» de un tratado, a los efectos de su interpretación no se limita, no obstante, a la identificación de la posición que el Estado parte en cuestión asuma con ella respecto de su interpretación. De hecho, la forma en que un tratado se aplica no solo contribuye a determinar el sentido del tratado, sino también a identificar hasta qué punto la interpretación que los Estados partes han asumido está «asentada» y, por tanto, más o menos firmemente establecida.

6) Debe señalarse que una «aplicación» de un tratado no necesariamente refleja la posición de un Estado parte de que dicha aplicación es la única legalmente posible con arreglo al tratado y a las circunstancias (véase el proyecto de conclusión 7, párr. 1, *infra*). Además, el concepto de «aplicación» no excluye ciertos comportamientos de actores no estatales que el tratado reconozca como formas de su aplicación atribuibles a las partes en él[537], y por tanto puede constituir una práctica por la que conste el acuerdo de las partes. Por último, el significado legal de un comportamiento particular en la aplicación de un tratado no está necesariamente limitado a su posible contribución a la interpretación en el sentido del artículo 31, sino que puede contribuir también a satisfacer la carga de la prueba[538] o a cumplir las condiciones de otras normas[539].

7) Un comportamiento ulterior que no esté motivado por una obligación convencional no es «en la aplicación del tratado» o «acerca de» su interpretación en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En el caso *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, por ejemplo, algunos magistrados dudaron de si el hecho de que los Estados Miembros de las Naciones Unidas siguieran pagando sus contribuciones significaba una aceptación de una práctica determinada de la Organización[540]. El Magistrado Fitzmaurice hizo una advertencia bien conocida en este contexto, según la cual «el argumento extraído de la práctica, si se lleva demasiado lejos, puede constituir el planteamiento de la cuestión»[541]. Según el Magistrado Fitzmaurice, «difícilmente podría inferirse del mero hecho de que los Estados Miembros *paguen* que estos admitan necesariamente en todos los supuestos una obligación jurídica positiva de hacerlo»[542].

8) Del mismo modo, en la causa *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia entendió que un esfuerzo por las partes en el acuerdo de 1987 (sobre el sometimiento de una controversia a la competencia de la Corte) para celebrar un acuerdo especial adicional (que habría especificado el objeto de la controversia) no significaba que las partes considerasen que la celebración de dicho acuerdo adicional fuera un requisito para determinar la competencia de la Corte[543].

9) Otro ejemplo de una práctica voluntaria que no tiene por objeto ser «en la aplicación de» un tratado o «acerca de la interpretación» de un tratado se refiere a la «protección complementaria» en el contexto del derecho de los refugiados. A las personas a las que se deniega el estatuto de refugiado con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a menudo se les concede, no obstante, «protección complementaria», que es equivalente a la que

---

[534] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, pág. 162; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1983, págs. 114 y 118; O. Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», en O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Berlín, Springer, 2012, págs. 556 y 557, párrs. 80 y 82.

[535] Esta segunda alternativa se introdujo a propuesta del Pakistán, pero su alcance y propósito nunca se abordaron ni se aclararon (véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), 31.ª sesión de la Comisión Plenaria, 19 de abril de 1968, pág. 185, párr. 53).

[536] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties…* (nota 534 *supra*), págs. 164 y 165, y 167; véanse también los proyectos de conclusión 1, párr. 4, y 4, párr. 3 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 20 y 31).

[537] Véase L. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and "family-resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu», en G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, págs. 53 y ss., en especial págs. 54, 56, 59 y 60.

[538] En la causa *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 70 y ss., en especial pág. 117, párr. 105, la Corte Internacional de Justicia negó que ciertos comportamientos (declaraciones) satisficieran la carga de la prueba con respecto al cumplimiento por parte de la Federación de Rusia de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entre 1999 y julio de 2008, en particular porque el comportamiento no se consideró estar específicamente relacionado con la Convención. Según el Magistrado Simma, la carga de la prueba se había satisfecho hasta cierto punto (véase la opinión separada del Magistrado Simma, ibíd., págs. 199 a 223, párrs. 23 a 57).

[539] En la causa *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 1045, la Corte Internacional de Justicia analizó la práctica ulterior no solo en el contexto de la interpretación del tratado sino también en el de la prescripción adquisitiva (véanse págs. 1092 y 1093, párr. 71, pág. 1096, párr. 79, y pág. 1105, párr. 97).

[540] *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, opinión consultiva de 20 de julio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 151 y ss., en especial págs. 201 y 202 (opinión separada del Magistrado Fitzmaurice) y págs. 189 a 195 (opinión separada del Magistrado Spender).

[541] Ibíd., pág. 201.

[542] Ibíd.

[543] *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 6 y ss., en especial pág. 16, párr. 28.

se prevé en la Convención. Sin embargo, los Estados que conceden protección complementaria no consideran que estén actuando «en la aplicación de» la Convención o «acerca de su interpretación»[544].

10) A veces es difícil distinguir acuerdos ulteriores o una práctica ulterior pertinente acerca de la interpretación o en la aplicación de un tratado, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, de otros comportamientos o desarrollos en el contexto más amplio del tratado, incluidos «desarrollos contemporáneos» en el ámbito que es objeto del tratado. No obstante, esta distinción es importante ya que únicamente un comportamiento acerca de la interpretación de las partes da lugar a su autoridad específica en el proceso de interpretación. La regla general parecería ser que, cuanto más específicamente se relacione un acuerdo o una práctica con un tratado, mayor peso interpretativo puede adquirir en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[545].

11) La clasificación de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, en tanto que la asunción de una posición respecto a la interpretación de un tratado, requiere a menudo un detenido análisis jurídico y de los hechos. Este punto puede ilustrarse con ejemplos extraídos de la práctica judicial y estatal.

12) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ofrece una serie de ejemplos. Por una parte, la Corte no consideró que un comunicado ministerial conjunto de dos Estados formara parte de la base convencional del derecho de libre navegación ya que es probable que las modalidades de cooperación que en él se establecen sean revisadas a fin de satisfacer a las partes[546]. No obstante, la Corte también ha sostenido que la falta de ciertas afirmaciones acerca de la interpretación de un tratado o la ausencia de ciertas formas de su aplicación, constituían una práctica que indicaba la posición jurídica de las partes según la cual las armas nucleares no estaban prohibidas en varios tratados sobre armas venenosas[547]. En cualquier caso, la importancia exacta de una expresión colectiva de opiniones de las partes solo puede identificarse mediante un examen detenido de si dicha expresión es «acerca de la interpretación» del tratado y hasta qué punto lo es. Así pues, la Corte entendió, en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*, que las resoluciones y directrices pertinentes [de la Comisión Internacional sobre la Caza de las Ballenas] que habían sido aprobadas por consenso exigían que los Estados partes tuvieran en cuenta si los objetivos de la investigación podían lograrse de manera práctica y científica utilizando métodos de investigación no letales, pero no establecían el requisito de que se utilizasen métodos letales únicamente cuando no existieran otros métodos disponibles[548].

13) Cuando el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se enfrentó a la cuestión de si la Declaración sobre resolución de reclamaciones obligaba a los Estados Unidos a devolver bienes militares al Irán, el Tribunal concluyó, refiriéndose a la práctica ulterior de las partes, que este tratado contenía una obligación implícita de indemnización en caso de no devolución:

> 66. […] Aunque el párrafo 9 de la Declaración general no afirma de manera expresa obligación alguna de indemnizar al Irán en el supuesto de que no se devuelvan determinados artículos en razón de disposiciones de la legislación de los Estados Unidos aplicable con anterioridad al 14 de noviembre de 1979, el Tribunal entiende que dicha obligación está implícita en ese párrafo.
>
> […]
>
> 68. Además, el Tribunal observa que la interpretación recogida en el párrafo 66 *supra* es acorde con la práctica ulterior de las partes en la aplicación de los Acuerdos de Argel y, en particular, con el comportamiento de los Estados Unidos. Dicha práctica, de conformidad con el artículo 31 3) *b* de la Convención de Viena, también debe tenerse en cuenta en la interpretación de un tratado. En su comunicación de 26 de marzo de 1981, en la que informan al Irán de que no se aprobaría la exportación de artículos de defensa, los Estados Unidos manifestaron de manera expresa que «el Irán sería reembolsado por el coste del equipo en la medida de lo posible» […][549].

Esta posición fue criticada por el Juez Holtzmann en su voto particular:

> El comportamiento ulterior de un Estado parte constituye una base adecuada para interpretar un tratado únicamente si resulta que el comportamiento estuvo motivado por el tratado. En el presente caso no hay evidencia, ni siquiera un argumento, de que la disposición de los Estados Unidos a pagar al Irán por los bienes fuera en respuesta a una obligación percibida que imponía el párrafo 9. Dicho comportamiento sería igualmente acorde con el reconocimiento de una obligación contractual de realizar el pago. En ausencia de cualquier indicio de que el comportamiento estuviese motivado por el tratado, es incorrecto utilizar ese comportamiento para interpretar el tratado[550].

---

[544] Véase A. Skordas «General provisions: article 5», en A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, pág. 682, párr. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007, pág. 21.

[545] Sobre el «peso» de un acuerdo o una práctica como medio de interpretación, véase el proyecto de conclusión 8; un ejemplo de la necesidad, aunque también de la dificultad ocasional de distinguir un comportamiento específico de las partes acerca de la interpretación de un tratado de un desarrollo más general puede verse en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 3 y ss., en particular págs. 41 a 58, párrs. 103, 104 a 117 y 118 a 151; véase también la nota 533 *supra*.

[546] *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial págs. 234 y 235, párr. 40; véase también *Kasikili/Sedudu Island* (nota 539 *supra*), en especial pág. 1091, párr. 68, en donde la Corte afirmó de manera implícita que una de las partes no consideraba que ciertas formas de cooperación práctica fueran legalmente pertinentes a los efectos de la cuestión de fronteras que se planteaba y, por tanto, no convenía con una posición contraria de la otra parte.

[547] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 248, párrs. 55 y 56; véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 815, párr. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 232 a 235.

[548] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en particular pág. 257, párr. 83.

[549] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo parcial n.º 382-B1-FT (31 de agosto de 1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), págs. 273 y ss., en particular págs. 294 y 295. Respecto a los Acuerdos de Argel, y en particular a la Declaración sobre resolución de reclamaciones, de 19 de enero de 1981, véase ILM, vol. 20 (1981), págs. 230 y ss.

[550] Voto particular del Juez Holtzmann, concurrente en parte, disidente en parte, en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, laudo parcial n.º 382-B1-FT (véase la nota 549 *supra*), pág. 304.

Tanto la opinión mayoritaria como la disidente identifican claramente la necesidad de analizar detenidamente si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición «acerca de la interpretación» de un tratado.

14) El hecho de que los Estados partes asuman una posición acerca de la interpretación de un tratado puede también deducirse a veces del carácter del tratado o de una disposición específica[551]. Mientras que la práctica ulterior en la aplicación de un tratado a menudo consiste en un comportamiento de diferentes órganos del Estado (ejecutivos, legislativos, judiciales o de otra índole) en la aplicación consciente de un tratado a diferentes niveles (nacional e internacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, no aborda en general de manera explícita la cuestión de si una práctica concreta se llevó a cabo «acerca de la interpretación» del Convenio Europeo de Derechos Humanos[552]. Así pues, a la hora de describir la situación jurídica nacional en los Estados miembros, en raras ocasiones pregunta el Tribunal si una situación jurídica particular es el resultado de un proceso legislativo durante el cual se debatieron los posibles requisitos del Convenio. Más bien, el Tribunal presume que los Estados miembros, a la hora de legislar o adoptar alguna otra disposición de manera particular, son conscientes de sus obligaciones con arreglo al Convenio, y que actúan de manera que refleja la forma en que entienden sus obligaciones[553]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha utilizado en ocasiones la práctica legislativa como medio de interpretación[554]. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado incluso en ocasiones que la falta de posicionamiento alguno de las partes respecto a determinada interpretación del Convenio puede indicar que asumen una posición respecto a la interpretación del tratado[555].

15) El artículo 118 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III), de 1949, estipula que «[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas». Los Estados partes no declararon de manera intencionada que fuera relevante la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado a fin de evitar que los Estados alegaran de manera abusiva la voluntad de los prisioneros de guerra con objeto de demorar la repatriación[556]. No obstante, el CICR ha insistido siempre, como condición para participar en un asunto, en que se respete la voluntad de un prisionero de guerra de no ser repatriado[557]. Este enfoque, en la medida en que ha sido reflejado en la práctica de los Estados partes, no significa necesariamente, no obstante, que el artículo 118 deba interpretarse como una exigencia de que la repatriación de un prisionero de guerra no debe hacerse contra su voluntad. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario señala de manera precisa en su comentario sobre la norma 128 A:

> Según el IV Convenio de Ginebra, no puede trasladarse a ninguna persona protegida a un país «donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas» [art. 45, párr. 4, del IV Convenio de Ginebra]. Aunque el III Convenio de Ginebra no contiene una cláusula similar, la práctica desde 1949 ha evolucionado de modo que en toda repatriación en la que el CICR ha tenido un papel de intermediario neutral, las partes en conflicto, ya sea internacional o no internacional, han aceptado las condiciones del CICR para su participación, incluido el hecho de que el CICR ha de poder verificar antes de la repatriación (o puesta en libertad en un conflicto armado no internacional), mediante una entrevista privada con el interesado, si la persona desea ser repatriada (o liberada)[558].

16) Esta formulación sugiere que la práctica estatal de respetar la voluntad del prisionero de guerra se limita a los casos en los que interviene el CICR y en los que la organización ha formulado dicha condición. Los Estados han extraído diferentes conclusiones de esta práctica[559]. En el Manual de derecho de los conflictos armados del Reino Unido de 2004 se dispone que:

> Una cuestión más controvertida es si los prisioneros de guerra tienen que ser repatriados incluso contra su voluntad. La práctica reciente de los Estados indica que no deben serlo. La política del Reino Unido es que los prisioneros de guerra no deben ser repatriados contra su voluntad[560].

17) Esta particular combinación de los verbos «tienen que» y «deben» indica que el Reino Unido, al igual que otros Estados, no considera que la práctica ulterior demuestra una interpretación del tratado según la cual la

---

[551] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párr. 15.

[552] Véanse, por ejemplo, *Soering v. the United Kingdom*, sentencia, 7 de julio de 1989, demanda n.º 14038/88, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 161, párr. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia (fondo), 22 de octubre de 1981, demanda n.º 7275/76, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 45, párr. 60; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 12 de noviembre de 2008, demanda n.º 34503/97, ECHR 2008, párr. 48; sin embargo, como contraposición, compárese con *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], sentencia, 4 de febrero de 2005, demandas n.os 46827/99 y 46951/99, ECHR 2005-I, párr. 146; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda n.º 15576/89, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 201, párr. 100.

[553] Véase la nota 552 *supra*; véanse también *Marckx v. Belgium*, sentencia, 13 de junio de 1979, demanda n.º 6833/74, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 31, párr. 41; *Jorgic v. Germany*, sentencia, 12 de julio de 2007, demanda n.º 74613/01, ECHR 2007-III, párr. 69; *Mazurek v. France*, sentencia, 1 de febrero de 2007, demanda n.º 34406/97, ECHR 2000-II, párr. 52.

[554] Véase, por ejemplo, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 21 de junio de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 94, párr. 12.

[555] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], demanda n.º 52207/99, ECHR 2001-XII, párr. 62.

[556] Véase C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977, págs. 145 a 156 y págs. 171 a 175; sobre el deber de repatriar, véase en general S. Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013, págs. 409 y 410.

[557] Así, con su participación, el CICR trata de conciliar los intereses de una rápida repatriación y el respeto de la voluntad de los prisioneros de guerra (véase Krähenmann (nota 556 *supra*), págs. 409 y 410).

[558] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja y Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, pág. 514.

[559] J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005, págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855, y actualización en versión electrónica para Australia, España, Israel y los Países Bajos, que puede consultarse en la dirección: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_SectionD.

[560] Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, pág. 205, párr. 8.170.

voluntad declarada del prisionero de guerra tiene que ser respetada siempre[561].

18) Los ejemplos anteriores extraídos de la jurisprudencia y de la práctica de los Estados fundamentan la necesidad de identificar e interpretar cuidadosamente los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en particular para plantear si las partes, mediante un acuerdo o una práctica, asumen una posición respecto a la interpretación del tratado, o si están motivados por otras consideraciones[562].

19) La segunda oración del párrafo 1 es meramente ilustrativa. Hace referencia a dos tipos de casos que es preciso distinguir de la práctica acerca de la interpretación de un tratado.

20) Una práctica ulterior común no indica necesariamente un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, sino que puede significar, en lugar de ello, el acuerdo temporal de estas de no aplicar el tratado[563], o un acuerdo sobre un arreglo práctico (*modus vivendi*)[564]. A continuación figuran algunos ejemplos ilustrativos.

21) El artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1864 dispone que «Se adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y evacuaciones […]. La bandera […] llevar[á] cruz roja en fondo blanco»[565]. Durante la guerra ruso-turca de 1877 y 1878, el Imperio otomano declaró que en el futuro utilizaría la media luna roja sobre fondo blanco para marcar sus propias ambulancias, si bien respetando el signo de la cruz roja que protegía a las ambulancias enemigas y manifestó que el signo distintivo del Convenio había impedido hasta la fecha que Turquía ejerciera los derechos que la asistían en virtud del Convenio porque constituía una ofensa para los soldados musulmanes[566]. Esta declaración dio lugar a una correspondencia entre el Imperio otomano, Suiza (en calidad de depositaria) y las demás partes que resultó en la aceptación de la media luna roja únicamente durante el tiempo que se prolongara el conflicto[567]. En las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y durante la Conferencia de Examen de Ginebra de 1906, el Imperio otomano, Persia y Siam pidieron, sin lograrlo, que se incluyeran la media luna roja, el león y el sol rojos, y la llama roja en el Convenio[568]. No obstante, el Imperio otomano y Persia al menos lograron que se aceptaran las «reservas» que formularon a dicho efecto en 1906[569]. Esta aceptación de las reservas del Imperio otomano y de Persia en 1906 no significó, no obstante, que las partes hubieran aceptado que el Convenio de Ginebra de 1864 había sido interpretado de un modo particular antes de 1906 por una práctica ulterior no objetada. La práctica del Imperio otomano y de Persia sirvió más bien, al menos hasta 1906, como una práctica no recogida por el Convenio de Ginebra de 1864, si bien fue aceptada como medida temporal y excepcional que dejaba inalterada la obligación convencional general.

22) El propósito del párrafo 2 del proyecto de conclusión 6 es reconocer la variedad de formas que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden adoptar con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. La Comisión ha reconocido que la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, consiste en cualquier «comportamiento» en la aplicación de un tratado, incluida, en ciertas circunstancias la inacción, que pueda contribuir a establecer un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[570]. Dependiendo del tratado de que se trate, esto no incluye únicamente comportamientos orientados al exterior, como actos oficiales, declaraciones y votaciones de ámbito internacional, sino también actos legislativos, ejecutivos y judiciales de ámbito nacional, y puede abarcar incluso comportamientos de actores no estatales que sean atribuibles a uno o a más Estados partes y entren dentro del ámbito de aplicación de lo que el tratado conciba como formas de su aplicación[571]. Así pues, el comportamiento individual que puede contribuir a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, no tiene que cumplir ningún criterio formal específico[572].

---

[561] El Manual de los Estados Unidos de América menciona únicamente la voluntad de los prisioneros de guerra que están enfermos o heridos, véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (nota 559 *supra*), págs. 2893 y 2894, párrs. 844 a 855; no obstante, la práctica de los Estados Unidos de América después de la segunda guerra del Golfo fue que el CICR estableciera la voluntad del prisionero y actuar en consecuencia (Estados Unidos de América, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, págs. 707 y 708).

[562] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 11 a 18. Véase también L. Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), págs. 25 y 26.

[563] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párr. 71.

[564] Véase *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 546 *supra*), en especial págs. 234 y 235, párr. 40; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 65 y 66, párrs. 138 a 140; J. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 32; para otro ejemplo, véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párr. 72; y J. R. Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States relating to international law», AJIL, vol. 105, n.º 4 (2011), págs. 809 a 812.

[565] Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña (aprobado el 22 de agosto de 1864; entrada en vigor el 22 de junio de 1865).

[566] *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, n.º 29, enero de 1877, págs. 35 a 37, citado en F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History*, Ginebra, CICR, 1977, págs. 15 y 16.

[567] *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, n.º 31, julio de 1877, pág. 89, citado en Bugnion (nota 566 *supra*), pág. 18.

[568] Bugnion, ibíd., págs. 19 a 31.

[569] A las que se unió Egipto tras su adhesión en 1923, véase Bugnion, ibíd., págs. 23 a 26; no fue hasta que se revisaron los Convenios de Ginebra en 1929 momento en que Turquía, Persia y Egipto afirmaron que el uso de otros emblemas se había convertido en un hecho consumado y que esos emblemas habían sido utilizados en la práctica sin que se planteara objeción alguna, cuando la media luna roja y el león y el sol rojos fueron reconocidos finalmente como signos distintivos en el artículo 19 del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 1929.

[570] Comentario al proyecto de conclusión 4, párrs. 16 a 19 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 33 y 34).

[571] Véase, por ejemplo, el comentario al proyecto de conclusión 5, ibíd., págs. 37 a 41; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice…» (nota 537 *supra*), págs. 54, 56, 59 y 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 228 a 230; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 545 *supra*), págs. 41 a 45, párrs. 103 a 111, págs. 48 y 49, párrs. 119 a 122, y pág. 50, párr. 126; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 555 y 556, párr. 78.

[572] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 226 y 227.

23) La práctica ulterior en el ámbito internacional no tiene que ser necesariamente un comportamiento conjunto[573]. Puede bastar un comportamiento meramente paralelo. Una cuestión aparte es si la actividad paralela desarrolla realmente un entendimiento común suficiente (acuerdo) acerca de la interpretación de un tratado en un caso particular (véase el proyecto de conclusión 9, párr. 1, *infra*)[574]. Pueden encontrarse acuerdos subsiguientes en tratados jurídicamente vinculantes y en instrumentos no vinculantes como memorandos de entendimiento[575]. También pueden encontrarse acuerdos subsiguientes en algunas decisiones de una conferencia de Estados partes (véase el proyecto de conclusión 10, párrs. 1, 2 y 3, *infra*).

24) El párrafo 3 de este proyecto de conclusión establece que al identificar la práctica ulterior prevista en el artículo 32, el intérprete tiene que determinar si el comportamiento seguido por una o más partes es en la aplicación del tratado[576]. La Comisión decidió tratar «otra práctica ulterior» (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)[577] en el sentido del artículo 32 en un párrafo aparte en aras de la claridad analítica (véanse el proyecto de conclusión 7, párr. 2, y el proyecto de conclusión 8, párr. 3, *infra*), pero no quiere con ello cuestionar la unidad del proceso de interpretación. Las consideraciones que son pertinentes para la identificación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, también son aplicables, *mutatis mutandis*, a la identificación de «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32. Así pues, los acuerdos en que no estén todas las partes en un tratado acerca de la interpretación del tratado o de su aplicación son una forma de práctica ulterior en el sentido del artículo 32.

25) Ejemplo de un arreglo práctico es el memorando de entendimiento entre el Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de los Estados Unidos Mexicanos sobre los servicios de Autotransporte Transfronterizo de Carga Internacional, de 6 de julio de 2011[578]. El memorando de entendimiento no se refiere al Canadá, la tercera parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y en él se especifica que el memorando es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados Unidos y México con arreglo al TLCAN. Estas circunstancias sugieren que el memorando de entendimiento no pretende constituir un acuerdo acerca de la interpretación del TLCAN en el sentido del artículo 31, párrafo *a* o *b*, sino que más bien se limita a ser un arreglo práctico entre un número reducido de partes que está sujeto a ser impugnado por otras partes o por una institución judicial o cuasijudicial.

Conclusión 7. Posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 7 versa sobre los posibles efectos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en la interpretación de un tratado. Su objeto es indicar cómo los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a la aclaración del sentido de un tratado. El párrafo 1 subraya que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior deben considerarse en su interacción con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 1, párr. 5)[579]. Por consiguiente, no son necesariamente concluyentes de por sí.

2) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como todos los medios de interpretación, pueden tener distintos efectos en el proceso interactivo de interpretación de un tratado, que consiste en prestar la debida atención en un caso concreto a los diversos medios de interpretación en «una sola operación combinada»[580]. La toma en consideración de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

---

[573] *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fondo, fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 6 y ss., en especial pág. 33; *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial pág. 1213, párr. 17 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren).

[574] *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 659 y ss., en especial pág. 737, párr. 258; no obstante, véase *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial págs. 83 y 84, párr. 117, en donde la Corte reconoció las concesiones de las partes en la controversia como prueba de su acuerdo tácito; véase también *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (nota 545 *supra*).

[575] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 244 y 250.

[576] Véanse *supra* los párrafos 1 a 4 de este comentario; véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 3 a 5.

[577] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.1, pág. 19.

[578] Crook (ed.), «Contemporary practice of the United States…» (nota 564 *supra*), párrs. 809 a 812; véase también: México, *Diario Oficial de la Federación* (7 de julio de 2011), Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América.

[579] Comentario del proyecto de conclusión 1, párrs. 12 a 15 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, pág. 23).

[580] Ibíd.

con arreglo a los artículos 31, párrafo 3, y 32 puede así contribuir a la aclaración del sentido de un tratado[581] al reducir (precisar) los distintos significados posibles de un término o una disposición en particular o del alcance del tratado en su conjunto (véanse los párrafos 4, 6 a 7, 10 y 11, *infra*). Si no, dicha toma en consideración puede contribuir a una aclaración al confirmar una interpretación más amplia. Por último, puede contribuir a cobrar conciencia de la variedad de las posibles interpretaciones a que pueden acudir las partes, incluido el margen de discrecionalidad que el tratado conceda a estas (véanse los párrafos 12 a 15 *infra*).

3) Los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales internacionales suelen comenzar su razonamiento en una causa concreta determinando el «sentido corriente» de los términos del tratado[582]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior se suelen tener en cuenta en una fase posterior del razonamiento, cuando los tribunales se preguntan si ese comportamiento confirma o modifica el resultado alcanzado mediante la interpretación inicial del sentido corriente (o mediante otros medios de interpretación)[583]. Si las partes no desean reflejar el sentido corriente de un término, sino un sentido especial, conforme a lo previsto en el artículo 31, párrafo 4, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden servir para dilucidar ese sentido especial. Los ejemplos que figuran a continuación[584] ilustran el modo en que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como medios de interpretación, pueden contribuir, en su interacción con otros medios en el proceso de interpretación, a aclarar el sentido de un tratado.

4) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden contribuir a determinar el «sentido corriente» de un término concreto confirmando una interpretación restringida de los distintos matices posibles de significado del término. Así ocurrió, por ejemplo[585], en la opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que la Corte Internacional de Justicia señaló que, en la práctica de los Estados, los términos «veneno o armas envenenadas»:

> […] se han interpretado […] en su sentido corriente, es decir, como términos que se refieren a las armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esa práctica está clara y las partes en esos instrumentos no han considerado que estos se referían a armas nucleares[586].

5) Por otra parte, la práctica ulterior puede impedir que se precise el sentido de un término general en solo uno de sus distintos significados posibles[587]. Por ejemplo, en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, la Corte declaró lo siguiente:

> La impresión general que se desprende del examen de los documentos pertinentes es que los responsables de la administración de aduanas […] usaron todos los elementos de valoración de que disponían, aunque quizá no siempre de manera coherente. En estas circunstancias, la Corte considera que el artículo 95 [del Acta General de Algeciras] no establece ninguna regla estricta sobre la cuestión controvertida. Requiere una interpretación más flexible que las respectivas interpretaciones que invocan las partes en la causa[588].

6) Distintos tipos de práctica pueden contribuir tanto a una interpretación restringida como a una interpretación amplia de distintos términos del mismo tratado[589].

7) Un tratado deberá interpretarse conforme al sentido corriente de sus términos «en el contexto de estos» (art. 31, párr. 1). Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, en interacción con este medio de interpretación concreto, también pueden contribuir a establecer una interpretación más restringida o más amplia de un término de un tratado[590]. En la opinión consultiva relativa a la *Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental* [posteriormente Organización Marítima Internacional (OMI)], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar el sentido de la expresión «ocho […] países que posean las flotas mercantes más importantes» del artículo 28, apartado *a*, de la Convención constitutiva de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental. Dado que este concepto de «países que posean las flotas mercantes más importantes» permitía distintas interpretaciones (según el «tonelaje registrado» o según la «titularidad de nacionales») y dado que no había práctica pertinente de la organización ni de sus miembros con arreglo al propio artículo 28, apartado *a*, la Corte se basó en la práctica seguida en virtud de otras disposiciones de la Convención y sostuvo lo siguiente:

---

[581] La terminología empleada es la de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones: «Se entiende por "declaración interpretativa" una declaración unilateral […] hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones» (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), pág. 55); véase también ibíd., comentario de la directriz 1.2, pág. 58, párr. 18.

[582] Comentario del proyecto de conclusión 1, párr. 14 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, pág. 23); *Competence of Assembly regarding admission to the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 4 y ss., en especial pág. 8.

[583] Véase, por ejemplo, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 625 y ss., en especial pág. 656, párrs. 59 a 61, y pág. 665, párr. 80; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (nota 546 *supra*), pág. 290 (declaración del Magistrado *ad hoc* Guillaume).

[584] Para más ejemplos, véase G. Nolte, «Second report for the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), págs. 210 a 306.

[585] Véase también *Oil Platforms*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996 (nota 547 *supra*), pág. 815, párr. 30; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo de 11 de junio de 1998, *I.C.J. Reports 1998*, págs. 275 y ss., en especial págs. 306 y 307, párr. 67; *Competence of Assembly regarding Admission to the United Nations* (nota 582 *supra*), pág. 9.

[586] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 547 *supra*), pág. 248, párr. 55.

[587] *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 25.

[588] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, fallo de 27 de agosto de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 176 y ss., en especial pág. 211.

[589] Véase, *mutatis mutandis*, *Certain expenses of the United Nations* (nota 540 *supra*), en la que la Corte Internacional de Justicia interpretó el término «gastos» en sentido amplio y el término «acción» en sentido restringido a la luz de la respectiva práctica ulterior de las Naciones Unidas, en especial págs. 158 a 161 («gastos») y págs. 164 y 165 («acción»).

[590] Véase, por ejemplo, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1988*, págs. 69 y ss., en especial pág. 87, párr. 40.

Ese empleo del criterio del tonelaje registrado para dar efecto a distintas disposiciones de la Convención […] lleva a la Corte a considerar improbable que, cuando se redactó e incluyó en la Convención este último artículo [artículo 28, apartado *a*], se contemplase la posibilidad de emplear un criterio distinto del tonelaje registrado para determinar qué países poseían las flotas mercantes más importantes[591].

8) Junto con el texto y el contexto, el artículo 31, párrafo 1, atribuye importancia al «objeto y fin» de un tratado para su interpretación[592]. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior también pueden contribuir a aclarar el objeto y fin de un tratado[593], o conciliar la invocación del «objeto y fin» de un tratado con otros medios de interpretación.

9) En las causas relativas a la *Delimitación Marítima en la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen*[594] y las *Plataformas petrolíferas*[595], por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia aclaró el objeto y el fin de tratados bilaterales remitiéndose a la práctica ulterior de las partes. Y en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte sostuvo lo siguiente:

De los textos de los tratados y de la práctica analizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, sin embargo, su objetivo no es solucionar, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no queda comprendida en el Capítulo VIII de la Carta [de las Naciones Unidas][596].

10) Los acuerdos o la práctica ulteriores no solo pueden contribuir a precisar el sentido de un término al restringir los posibles significados de los derechos y obligaciones enunciados en un tratado, sino que también pueden poner de manifiesto una más amplia variedad de interpretaciones aceptables o cierto margen de discrecionalidad que el tratado reconoce a los Estados[597].

11) Por ejemplo, si bien según el sentido corriente de los términos del artículo 5 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 no parece requerir que un vuelo fletado obtenga permiso para aterrizar mientras esté *en ruta*, la práctica de larga data de los Estados consistente en exigir ese permiso ha llevado a que se acepte con carácter general que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que sí se requiere ese permiso[598]. Otro caso es el del artículo 22, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas que dispone que los medios de transporte de la misión no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo, o medida de ejecución. Aunque las medidas policiales de carácter coercitivo contra bienes diplomáticos suelen suscitar protestas de los Estados[599], el remolque de vehículos diplomáticos que hayan infringido las normas locales de circulación y estacionamiento se ha considerado generalmente permisible en la práctica[600]. Esa práctica sugiere que, si bien las medidas punitivas contra vehículos diplomáticos están prohibidas, estos pueden ser inmovilizados o retirados si se demuestra que constituyen un obstáculo o peligro inmediato para el tráfico o la seguridad ciudadana[601]. De ese modo, el sentido de la expresión «medida de ejecución» y, por lo tanto, el alcance de la protección concedida a los medios de transporte ha quedado precisado por la práctica ulterior de las partes.

12) Otro posible ejemplo concierne al artículo 12 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), de 1977, que dispone:

---

[591] *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, opinión consultiva de 8 de junio de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 150 y ss., en especial pág. 169; véase asimismo págs. 167 a 169; también: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), Dispute concerning access to information under article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Final Award, decision of 2 July 2003*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (n.º de venta: E/F.04.V.15), págs. 59 y ss., en especial pág. 99, párr. 141.

[592] Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 190 y 198.

[593] Ibíd., págs. 191 a 194; véase asimismo *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial págs. 31 y 32, párr. 53; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109; R. Higgins «Some observations on the inter-temporal rule in international law», en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, pág. 180; Distefano (nota 533 *supra*), págs. 52 a 54; Crema (nota 562 *supra*), pág. 21.

[594] *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, fallo, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 38 y ss., en especial págs. 50 y 51, párr. 27.

[595] *Oil Platforms*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996 (nota 547 *supra*), en especial págs. 813 a 815, párrs. 27 y 30.

[596] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, excepciones preliminares, fallo de 11 de junio de 1998 (véase la nota 585 *supra*), págs. 306 y 307, párr. 67.

[597] Con esto no se sugiere que puedan existir distintas interpretaciones posibles de un tratado, sino más bien que el tratado puede reconocer a las partes la posibilidad de elegir entre diversos actos permitidos, véase Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 30 y 31 y pág. 111, donde se cita a la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477: «Es necesario determinar el significado autónomo de las disposiciones pertinentes del tratado […]. De ello se desprende que, al igual que ocurre con otros tratados multilaterales, se debe dar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados un significado independiente que pueda extraerse de las fuentes mencionadas en los artículos 31 y 32 [de la Convención de Viena] y sin tener en cuenta las características distintivas del ordenamiento jurídico de un Estado contratante en particular. En principio solo puede haber una interpretación verdadera de un tratado […]. En la práctica, corresponde al tribunal nacional que conoce del caso concreto resolver los desacuerdos sustanciales que puedan plantearse sobre una cuestión de interpretación. Pero, al hacerlo, debe dilucidar, sin verse condicionado por los conceptos de su cultura jurídica nacional, el verdadero sentido autónomo e internacional del tratado. Y solo puede haber un verdadero sentido», págs. 515 a 517 (Lord Steyn).

[598] S. D. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3.ª ed., Cambridge University Press, 2013, pág. 215.

[599] E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2008, págs. 160 y 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruselas, Bruylant, 1994, págs. 207 y 208, párr. 315.

[600] Véase, por ejemplo, Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf); Islandia, Departamento de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diplomatic Handbook*, pág. 14 (www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); Reino Unido, véase la declaración del Subsecretario Parlamentario de Estado del Interior (Lord Elton) en la Cámara de los Lores, HL Deb, 12 de diciembre de 1983, vol. 446 cc 3 y 4; Estados Unidos, véase M. Nash, «Contemporary practice of the United States relating to international law», AJIL, vol. 88, n.º 2 (1994), págs. 312 y 313.

[601] Denza (nota 599, *supra*), pág. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, pág. 70.

Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja o del León y Sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.

Aunque el uso del futuro de mandato (*shall*) da a entender que los Estados están obligados a utilizar el signo distintivo para identificar al personal y los medios de transporte sanitarios en todas las circunstancias, la práctica ulterior deja entrever que los Estados pueden disponer de cierto margen de discrecionalidad con respecto a su aplicación[602]. Dado que en los últimos años grupos armados han atacado específicamente convoyes sanitarios fácilmente reconocibles por ostentar el emblema protector, los Estados se han abstenido en ciertas situaciones de identificar a esos convoyes con un signo distintivo. En respuesta a una interpelación parlamentaria sobre su práctica en el Afganistán, el Gobierno de Alemania señaló lo siguiente:

Al igual que otros países que han aportado contingentes a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), las Fuerzas Armadas Federales han podido comprobar que vehículos sanitarios con el correspondiente distintivo han sido objeto de ataques. En ocasiones, esos vehículos y unidades sanitarios, claramente identificados como tales por su emblema protector, fueron incluso objeto prioritario de ataques. Por ello, las Fuerzas Armadas Federales, junto con las de Bélgica, Francia, el Reino Unido, el Canadá y los Estados Unidos, han decidido cubrir el emblema protector de los vehículos sanitarios en el marco de la ISAF[603].

13) Esta práctica de los Estados puede confirmar la interpretación del artículo 12 según la cual la obligación de utilizar el emblema protector[604] en circunstancias excepcionales permite que las partes tengan un margen de discrecionalidad.

14) Una disposición de un tratado que reconozca a los Estados un derecho aparentemente incondicional puede suscitar la cuestión de si ese margen está limitado por el propósito de la norma. Por ejemplo, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el Estado receptor puede comunicar al Estado acreditante, sin tener que exponer los motivos de su decisión, que un miembro de la misión es *persona non grata*. Los Estados practican esas notificaciones principalmente en los casos en que se ha determinado, o se sospecha, que miembros de la misión han participado en actividades de espionaje o cometido otras violaciones graves del derecho del Estado receptor, o han causado considerable irritación política[605]. No obstante, los Estados también formulan esas declaraciones en otras circunstancias, por ejemplo cuando miembros de la misión han causado un perjuicio grave a un tercero[606] o cometido repetidas infracciones de la ley[607], o incluso para aplicar su normativa sobre la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas[608]. Es incluso posible que las declaraciones se formulen sin razones claras o solo por motivos políticos. Los demás Estados no parecen haber afirmado que esa práctica constituya un abuso de la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de una misión. Así pues, dicha práctica confirma que el artículo 9 prevé un derecho incondicional[609].

15) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 concierne a los posibles efectos de «otra práctica ulterior» en virtud del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)[610], que no refleje un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado. Esa práctica, como medio de interpretación complementario, puede confirmar la interpretación a que ha llegado el intérprete en la aplicación del artículo 31, o determinar el sentido cuando la interpretación con arreglo al artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. De ese modo, el artículo 32 establece una distinción entre el uso de los trabajos preparatorios o de «otra práctica ulterior» para confirmar el sentido a que se ha llegado en virtud del artículo 31 y su uso para «determinar» ese sentido. Por tanto, se puede haber recurrido a «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 no solo para determinar el sentido del tratado en ciertas circunstancias, sino también —y siempre— para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31[611].

---

[602] *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 1998, págs. 226 y 227, párrs. 4742 a 4744; H. Spieker, «Medical transportation», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press, 2012, págs. 54 y 55, párrs. 7 a 12 (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil). Véase también el tiempo futuro menos estricto empleado en la versión francesa: *sera arboré*.

[603] Deutscher Bundestag (Parlamento Federal de Alemania), «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 de abril de 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, pág. 2.

[604] Spieker (nota 602 *supra*), pág. 55, párr. 12.

[605] Véase Denza (nota 599 *supra*), págs. 77 a 88, con más referencias a declaraciones formuladas en relación con el espionaje; véase también Salmon (nota 599 *supra*), pág. 484, párr. 630; y Richtsteig (nota 601 *supra*), pág. 30.

[606] Países Bajos, Departamento de Protocolo, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*; disponible en: www.government.nl/documents.

[607] Francia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo, *Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities – Respect for local laws and regulations* (www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-of-foreign-affairs/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turquía, Ministerio de Relaciones Exteriores, Reglamento de Tráfico para Misiones Extranjeras en Turquía, *Principal Circular Note, 63552 Trafic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 de abril de 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); Reino Unido, Ministerio de Relaciones Exteriores y Asuntos del Commonwealth, *Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London*, reproducida en G. Marston (ed.), «United Kingdom materials on international law 1985», *British Year Book of International Law 1985*, vol. 56, pág. 437.

[608] Véase Canadá, Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo, *Revised Impaired Driving Policy* (http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); Estados Unidos, Departamento de Estado, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 de septiembre de 2010), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, págs. 8 y 9.

[609] Véase G. Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 112, para un caso de mayor alcance incluso en relación con el artículo 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

[610] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31.

[611] Organización Mundial del Comercio (OMC), informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, aprobado el 19 de enero de 2010, párr. 403: «Aunque la aplicación por el Grupo Especial del artículo 31 de la *Convención*

(Continuación en la página siguiente.)

16) La práctica ulterior a que se refiere el artículo 32 puede contribuir, por ejemplo, a reducir los posibles conflictos cuando el «objeto y fin» del tratado parezca estar en contradicción con los fines específicos de algunas de sus normas[612]. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que las partes en el Tratado de 1890 «trataban al mismo tiempo de asegurarse la libre navegación por el río y delimitar lo más precisamente posible sus respectivas esferas de influencia»[613]. Las partes resuelven de ese modo una posible contradicción teniendo en cuenta cierta práctica ulterior de solo una de las partes como medio de interpretación complementario (en virtud del artículo 32)[614].

17) Otro ejemplo de «otra práctica ulterior» en virtud del artículo 32 concierne a la expresión «precauciones factibles» del artículo 57, párrafo 2 a) ii), del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Protocolo I), de 1977. Esa expresión ha sido utilizada de nuevo por el artículo 3, párrafo 4, del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), de 10 de octubre de 1980, que dispone que «[s]e entiende por "precauciones viables" aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares». Este enunciado se ha terminado aceptando en muchos manuales militares, por medio de la práctica ulterior, como definición general de «precauciones factibles» a los efectos del artículo 57, párrafo 2 a) ii), del Protocolo I de 1977[615].

18) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 7 trata de la cuestión de hasta dónde la interpretación de un tratado puede ser influida por acuerdos ulteriores y una práctica ulterior sin salirse del ámbito de lo que se considera interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. El párrafo recuerda al intérprete que los acuerdos alcanzados ulteriormente pueden servir para enmendar o modificar el tratado, pero que tales acuerdos ulteriores están sujetos al artículo 39 de la Convención de Viena y deben distinguirse de los acuerdos ulteriores en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a*. La segunda frase, aun reconociendo que existen ejemplos de lo contrario en la jurisprudencia y opiniones divergentes en la doctrina, establece que la posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general.

19) De conformidad con el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969, «[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes». El artículo 31, párrafo 3 *a*, por otra parte, se refiere a los acuerdos ulteriores «entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» y no parece abordar la cuestión de la enmienda o modificación. Como sostuvo el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC):

> […] el término «aplicación» que figura en el apartado *a*) del párrafo 3 del artículo 31 de la *Convención de Viena* atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que «aplicarse»; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes que están sujetas a un límite temporal y que tienen que expirar […][616].

20) Los artículos 31, párrafo 3 *a*, y 39, si se leen conjuntamente, evidencian que los acuerdos a que llegan las partes después de la celebración de un tratado pueden interpretar y enmendar o modificar el tratado[617]. Un acuerdo alcanzado conforme al artículo 39 no tiene que revestir necesariamente la misma forma que el tratado que enmienda[618]. Como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*:

(Continuación de la nota 611.)

de Viena a los "Servicios de distribución de grabaciones de sonidos" le hizo llegar a una "conclusión preliminar" sobre el sentido de esa anotación, el Grupo Especial decidió recurrir a medios de interpretación complementarios para *confirmar* ese sentido. Observamos a ese respecto que el argumento de China en apelación parece dar por sentado que el análisis realizado por el Grupo Especial conforme al artículo 32 de la *Convención de Viena* habría sido *necesariamente* distinto si el Grupo Especial hubiera constatado que la aplicación del artículo 31 dejaba ambiguo u oscuro el sentido de "Servicios de distribución de grabaciones de sonidos", y si el Grupo Especial hubiera, por lo tanto, recurrido al artículo 32 para *determinar*, y no para *confirmar*, el sentido de esa expresión. No compartimos esa opinión. Los elementos que se han de examinar conforme al artículo 32 son distintos de los que se han de analizar conforme al artículo 31, pero los elementos que se examinan conforme al artículo 32 son los mismos con independencia del resultado del análisis conforme al artículo 31. Lo que puede ser distinto, en función de los resultados de la aplicación del artículo 31, es el peso que se atribuirá a los elementos analizados conforme al artículo 32»; véase también M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pág. 447, párr. 11.

[612] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, aprobado el 6 de noviembre de 1998, párr. 17 («[…] la mayoría de los tratados no tienen un objeto y un fin único y específico sino más bien una variedad de objetos y fines diferentes y posiblemente contradictorios»); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 195.

[613] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), pág. 1074, párr. 45. Respecto al Tratado entre Gran Bretaña y Alemania, firmado en Berlín el 1 de julio de 1890, véase *British and Foreign State Papers, 1889-1890*, vol. 82, pág. 35.

[614] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial págs. 1077 y 1078, párr. 55, y pág. 1096, párr. 80.

[615] Por lo que respecta a los manuales militares de la Argentina (1989), el Canadá (2001) y el Reino Unido (2004), véase en Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (nota 559 *supra*), págs. 359 y 360, párrs. 160 a 164, y la información actualizada en línea para el manual militar de Australia (2006) (www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); véase también *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Tomo II, Santa Fe de Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 1998, pág. 953, párr. 2202.

[616] OMC, informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del [Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias] ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, aprobado el 11 de diciembre de 2008, y Corr.1/*Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, aprobado el 22 de diciembre de 2008, párrs. 391 a 393.

[617] Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), pág. 88.

[618] Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 107, que alude a Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 535 *supra*), 37.ª sesión de la Comisión Plenaria, 24 de abril de 1968, págs. 224, párr. 15; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention.…* (nota 611 *supra*), págs. 513 y 514, párrs. 7, 9 y 11; K. Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», en Dörr y Schmalenbach (eds.) (nota 534 *supra*), pág. 706, en especial párr. 16.

Cualesquiera fueran su denominación particular y el instrumento en que se consignó (un acta de la CARU [Comisión Administradora del Río Uruguay]), este «entendimiento» era vinculante para las partes, en la medida en que le habían dado su consentimiento, y las partes debían ajustarse a él de buena fe. Estaban habilitadas para apartarse de los procedimientos previstos por el Estatuto de 1975, con respecto a un proyecto dado, de conformidad con un acuerdo bilateral apropiado[619].

21) A menudo es difícil trazar una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31, párrafo 3 *a*, que no son necesariamente vinculantes como tales, y, finalmente, acuerdos sobre la enmienda o modificación de un tratado en virtud de los artículos 39 a 41[620]. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados parecen indicar[621] que los acuerdos informales que pretenden dejar sin efecto obligaciones convencionales deben interpretarse estrictamente. Salvo los enunciados en el artículo 39, parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que puedan estipularse en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre esas diferentes formas de acuerdos ulteriores. Está claro, sin embargo, que los Estados y los tribunales internacionales generalmente se inclinan a reconocer a los Estados partes mucha libertad en la interpretación de un tratado mediante un acuerdo ulterior. Ese margen de libertad permite incluso ir más allá del sentido corriente de los términos del tratado. El reconocimiento de este margen para la interpretación de un tratado corre parejo con la renuencia de los Estados y tribunales a admitir que un acuerdo realmente produzca el efecto de enmendar o modificar un tratado[622]. Así pues, un acuerdo para modificar un tratado no está excluido, pero tampoco ha de presumirse[623].

22) Volviendo a la cuestión de si las partes pueden enmendar o modificar un tratado mediante una práctica ulterior común, la Comisión propuso originalmente, en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, que se incluyera en la Convención de Viena la siguiente disposición por la que se hubiera reconocido explícitamente la posibilidad de la modificación de los tratados por la práctica ulterior:

Artículo 38. - Modificación de los tratados por práctica ulterior

Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado[624].

23) Este proyecto de artículo dio pie a un intenso debate en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados[625]. Las enmiendas tendientes a suprimir el proyecto de artículo 38 fueron sometidas a votación y aprobadas por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones. Después de la Conferencia de Viena se discutió si el hecho de que en la Conferencia se rechazara el proyecto de artículo 38 significaba que había quedado destruida la posibilidad de modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes. Muchos autores llegaron a la conclusión de que los Estados negociadores simplemente no habían deseado tratar esta cuestión en la Convención y que los tratados, como norma general de derecho consuetudinario en materia de tratados, de hecho pueden ser modificados por la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de las partes a tal efecto[626]. Los

[619] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), pág. 62, párr. 128; véase también pág. 63, párr. 131; la Corte concluyó seguidamente que, en la causa que estaba examinando, esas condiciones no se habían cumplido, págs. 62 a 66, párrs. 128 a 142. Por lo que respecta al Estatuto del río Uruguay, firmado en Salto (Uruguay) el 26 de febrero de 1975, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1295, n.º I-21425, pág. 331.

[620] En la práctica judicial, a veces no es necesario determinar si un acuerdo tiene por efecto interpretar o modificar un tratado, véase *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (véase la nota 583 *supra*), pág. 31, párr. 60 («a juicio de la Corte, a los efectos del presente fallo, no hay razón para considerarla como una confirmación o como una modificación de la Declaración [de 21 de marzo de 1899, que completa la Convención Franco-Británica de 14 de junio de 1898]»); a veces se considera que un acuerdo concertado en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a*, también puede tener como efecto la modificación de un tratado, Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), págs. 212 a 214, que cita algunos ejemplos. Por lo que respecta a la Convención entre Gran Bretaña y Francia para la delimitación de sus respectivas posesiones al oeste del Níger, y de sus respectivas posesiones y esferas de infuencia al este de ese río, firmada en París el 14 de junio de 1898, y la Declaración Adicional a la misma, firmada en Londres el 21 de marzo de 1899, véase *British and Foreign State Papers, 1898-1899*, vol. 91, págs. 38 y 55 respectivamente.

[621] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), en especial pág. 63, párr. 131, y pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (nota 564 *supra*), pág. 32; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004-2009), págs. 77 y ss., en especial págs. 125 y 126, párr. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) nº ARB(AF)/00/1), *In the matter of an arbitration under chapter eleven of the North American Free Trade Agreement*, 9 de enero de 2003, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), págs. 470 y ss.; véase en particular págs. 526 y 527, párr. 177 (disponible en línea: https://icsid.worldbank.org/en/ o bien www.state.gov/documents/organization/16586.pdf); *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en virtud del capítulo 11 del TLCAN, laudo final sobre la jurisdicción y el fondo, 3 de agosto de 2005 (www.state.gov/documents/organization/51052.pdf), parte IV, cap. C, párrs. 20 y 21; segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 146 a 165.

[622] Cabe que los Estados, en contextos diplomáticos fuera de los procedimientos judiciales, tiendan a reconocer más abiertamente que un determinado acuerdo o una práctica común exponen la modificación de un tratado, véase Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), pág. 83.

[623] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), pág. 66, párr. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (nota 564 *supra*), pág. 32.

[624] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 200.

[625] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 535 *supra*), págs. 228 a 237; segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 119 a 121; Distefano (nota 533 *supra*), págs. 55 a 61.

[626] Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 243 a 245; Yasseen (nota 533 *supra*), págs. 51 y 52; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2004*, vol. 310, págs. 134 a 141, en especial pág. 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), pág. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention…* (nota 611 *supra*), pág. 432, párr. 23; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76 (está de acuerdo Odendahl, (nota 618 *supra*), págs. 702 a 704, párrs. 10 y 11); Distefano (nota 533 *supra*), págs. 62 a 67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three», *British Year Book of International Law 2006*, vol. 77, pág. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6.ª ed., Cambridge University Press, 2008, pág. 934; I. Buga, «Subsequent practice and treaty modification», en M. J. Bowman y D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on*

(Continuación en la página siguiente.)

órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales, en cambio, se han abstenido en su mayoría desde la adopción de la Convención de Viena de reconocer esta posibilidad.

24) En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que «la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena, puede llevar a apartarse de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito»[627]. No está totalmente claro si con eso la Corte quería reconocer que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede tener también por efecto la enmienda o modificación de un tratado, o si se limitaba a hacer una observación sobre la interpretación de los tratados ya que la intención «original» de las partes no es necesariamente concluyente para la interpretación de un tratado. En realidad, la Comisión ha reconocido en el proyecto de conclusión 3 aprobado provisionalmente que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, al igual que otros medios de interpretación, «pueden contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo»[628]. Por consiguiente, el alcance de la «interpretación» no viene dado necesariamente por una «intención original» fija, sino que más bien debe determinarse teniendo en cuenta varias consideraciones más amplias, incluidos ciertos acontecimientos posteriores. Este pronunciamiento un tanto ambiguo de la Corte plantea la cuestión de hasta qué punto la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, puede contribuir a la «interpretación» y si la práctica ulterior puede tener como efecto la enmienda o modificación de un tratado. En realidad, la línea divisoria entre la interpretación y la enmienda o modificación de un tratado en la práctica es a menudo «difícil, si no imposible, de determinar»[629].

25) Aparte del pronunciamiento en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*[630], la Corte Internacional de Justicia no ha reconocido explícitamente que una práctica ulterior concreta haya tenido como efecto modificar un tratado. En particular, es lo que sucedió en las opiniones consultivas relativas a los asuntos *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*[631] y *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*[632] en las que la Corte reconoció que la práctica ulterior tuvo un efecto importante en la determinación del sentido del tratado, pero no llegó a reconocer expresamente que esa práctica había llevado a una enmienda o modificación de este[633]. Como esas opiniones conciernen a tratados por los que se crea una organización internacional, parece difícil derivar de ellas una norma general de derecho de los tratados. Las cuestiones de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con las organizaciones internacionales constituirán el objeto de un informe posterior[634].

26) Otras causas importantes en las que la Corte Internacional de Justicia ha planteado la cuestión de una posible modificación resultante de la práctica ulterior de las partes son las relativas a los tratados sobre fronteras. Como dijo la Corte en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (el Camerún c. Nigeria: intervención de Guinea Ecuatorial)*:

> A partir de entonces la conducta del Camerún en estos territorios tiene pertinencia únicamente respecto de la cuestión de si admitió el establecimiento de un cambio de un título basado en un tratado, lo que no puede descartarse totalmente como posibilidad en derecho[635].

27) La Corte consideró que se había dado esa aquiescencia en la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, en la que puso decisivamente el acento en el hecho de que se habían producido manifestaciones de soberanía por una parte (Francia) que, según la Corte, requerían una reacción de la otra parte (Tailandia)[636]. Ahora bien, este fallo se dictó antes de que se adoptara la Convención de

(Continuación de la nota 626.)

the Modern Law of Treaties, Cambridge University Press (de próxima aparición), en especial nota 65 con otras referencias; en desacuerdo con esta opinión, en particular, y subrayando la solemnidad de la celebración de un tratado a diferencia de la informalidad de la práctica, Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), págs. 89 y 90; véase también Hafner (nota 609 *supra*), págs. 115 a 117 (que distingue entre las perspectivas de los tribunales y los Estados, y subraya la importancia de las disposiciones de enmienda a este respecto).

[627] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 546 *supra*), pág. 242, párr. 64; véase asimismo *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, decisión de 14 de enero de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), págs. 231 y ss., en especial pág. 256, párr. 62; Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 51; Kamto «La volonté de l'État…» (nota 626 *supra*), págs. 134 a 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Colonia/Berlín, Heymanns, 1963, pág. 132.

[628] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, págs. 26 a 30, proyecto de conclusión 3 y su comentario.

[629] Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 138; véase también Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 243; Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), pág. 90; B. Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 46; Karl (nota 534 *supra*), págs. 42 y 43; J.-M. Sorel y V. Boré Eveno, «Article 31: Convention of 1969», en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, págs. 825 y 826, párr. 42; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76; esto es así aun cuando los dos procesos teóricamente puedan considerarse «bastante diferentes jurídicamente», véase la opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren en *Kasikili/Sedudu Island* (nota 539 *supra*), en especial págs. 1212 y 1213, párr. 16; análogamente Hafner (nota 609 *supra*), pág. 114; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties…* (nota 534 *supra*), pág. 168.

[630] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (véase la nota 546 *supra*), en especial pág. 242, párr. 64.

[631] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 593 *supra*).

[632] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 593 *supra*).

[633] Thirlway (nota 626 *supra*), pág. 64.

[634] Véase *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 238, y *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 179, párr. 42.

[635] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial pág. 353, párr. 68.

[636] *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 573 *supra*): «[…] un acuse de recibo muy claro se desprende indudablemente de la conducta de Tailandia […] es evidente que las circunstancias eran tales que reclamaban alguna reacción […]» (pág. 23); «No cabe imaginar una afirmación más neta del título de soberanía del lado francoindochino» y, por lo tanto, «exigía una reacción» (pág. 30).

Viena y por consiguiente, fue tomado en cuenta, al menos implícitamente, por los Estados en el debate celebrado en la Conferencia de Viena[637]. Este fallo tampoco llega a reconocer expresamente la modificación de un tratado por medio de la práctica ulterior, ya que la Corte dejó abierta la cuestión de si la línea trazada en el mapa francés era compatible con la línea divisoria de las aguas que había sido acordada en el tratado de límites original entre los dos Estados, aunque a menudo se da por sentado que no lo era[638].

28) Por consiguiente, la Corte Internacional de Justicia, si bien deja abierta la posibilidad de que un tratado pueda ser modificado por la práctica ulterior de las partes, no ha reconocido expresamente hasta el momento que tal efecto se haya producido realmente en un caso concreto. En lugar de eso, la Corte ha llegado a interpretaciones que son difíciles de conciliar con el sentido corriente del texto del tratado, pero coinciden con la práctica reconocida de las partes[639]. Las opiniones en contra de tribunales arbitrales han sido calificadas de «excepción aislada»[640] o dictadas antes de la Conferencia de Viena y citadas críticamente en esta[641].

29) El Órgano de Apelación de la OMC ha dejado bien sentado que no aceptaría ninguna interpretación que supusiera la modificación de las obligaciones dimanantes de un tratado, puesto que dejaría de ser la «aplicación» de una disposición convencional existente[642]. La posición del Órgano de Apelación puede estar influida por el artículo 3 párrafo 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según el cual «[l]as recomendaciones y resoluciones del [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados».

30) En algunas ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la práctica ulterior de las partes puede ser una fuente de modificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En un pronunciamiento dictado en 2003 en el asunto *Öcalan c. Turquía* a propósito del pronunciamiento dictado en 1989 en el asunto *Soering c. el Reino Unido*, el Tribunal dijo:

> que una práctica arraigada entre los Estados miembros podía dar lugar a una enmienda del Convenio. En tal caso, el Tribunal acepta que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría servir de constatación del acuerdo de los Estados contratantes en abrogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y suprimir, pues, una limitación explícita a las perspectivas de interpretación evolutiva del artículo 3 (véase [*Soering v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, demanda n.° 14038/88, serie A n.° 161], párr. 103)[643].

31) Aplicando el mismo razonamiento, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión en el asunto *Al-Saadoon y Mufdhi c. el Reino Unido*:

> [t]odos los Estados miembros salvo dos han firmado ya el Protocolo n.º 13 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] y, entre los signatarios, todos salvo tres lo han ratificado. Estas cifras, junto con la práctica constante de los Estados que observan la moratoria sobre la pena de muerte, son claramente indicativas de que el artículo 2 ha sido enmendado de modo que ahora prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia. En este contexto, el Tribunal estima que el enunciado de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 2 no impide ya interpretar las palabras «pena o trato inhumano o degradante» del artículo 3 de modo que incluya la pena de muerte (véase *Soering*, citado más arriba, párrs. 102 a 104)[644].

32) Los precedentes establecidos por los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales permiten llegar a las conclusiones siguientes: la situación de la OMC pone de manifiesto que un tratado puede excluir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Por lo tanto, el propio tratado regula la cuestión en primer lugar. A la inversa, los asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dan a entender que un tratado puede permitir que la práctica ulterior de las partes tenga un efecto modificador. Así pues, en definitiva, la cuestión depende

---

[637] M. G. Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pág. 272.

[638] *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 573 *supra*), pág. 26: «un hecho que, de ser exacto, debía ser igualmente evidente en 1908». El Magistrado Parra-Aranguren opinó que la causa relativa al *Templo de Preah Vihear* demuestra «que el efecto de la práctica ulterior en esa ocasión fue enmendar el tratado», *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), pág. 1213, párr. 16 (opinión disidente del Magistrado Parra-Aranguren); Buga (nota 626 *supra*), en especial nota 113.

[639] En particular, la opinión consultiva sobre Namibia (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 593 *supra*)) ha sido interpretada en el sentido de que implica que la práctica ulterior ha modificado el Artículo 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas (véase A. Pellet, «Article 38», en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2012, pág. 844, párr. 279; véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 124 a 126.

[640] M. G. Kohen, «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 43, con respecto a *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, 13 de abril de 2002, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 y ss., en especial págs. 110 y 111, párrs. 3.6 a 3.10; véase también *Case concerning the location of boundary markers in Taba between Egypt and Israel*, 29 de septiembre de 1988, ibíd., vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 1 y ss., en especial pág. 56, párrs. 209 y 210, en el que el Tribunal Arbitral sostuvo, en un *obiter dictum*, «que el límite fronterizo demarcado prevalecería sobre el Acuerdo [de 1 de octubre de 1906] si pudiera detectarse una contradicción» (pág. 57); pero véase R. Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), pág. 20. El Acuerdo firmado en Rafah el 1 de octubre de 1906 aparece reproducido en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, *Case concerning boundary markers in Taba*, apéndice B, pág. 114.

[641] *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France*, 22 de diciembre de 1963, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI (n.º de venta: 69.V.1), págs. 5 y ss., en especial págs. 62 y 63; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 535 *supra*), 37.ª sesión, pág. 228, párr. 58 (Japón); Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), pág. 89.

[642] OMC, informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos – Segundo recurso del Ecuador…*, WT/DS27/AB/RW2/ECU y Corr.1/ *Recurso de los Estados Unidos…*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1 (véase la nota 616 *supra*), párrs. 391 a 393.

[643] *Öcalan v. Turkey*, 12 de marzo de 2003, demanda n.º 46221/99, párr. 191; véase también *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, sentencia de 2 de marzo de 2010, demanda n.º 61498/08, ECHR 2010, párr. 119, que a su vez cita *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 de mayo de 2005, demanda n.º 46221/99, ECHR 2005-IV, párr. 163.

[644] *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (véase la nota 643 *supra*), párr. 120; véase también B. Malkani, «The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, n.º 3 (2013), pág. 523.

en gran medida del tratado o de las disposiciones convencionales correspondientes[645].

33) La situación es más complicada en el caso de los tratados respecto de los cuales no existan tales indicaciones. De la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no se puede inferir ninguna norma supletoria clara para tales casos. No obstante, es posible extraer la conclusión de que la Corte, si bien concluyó que la posibilidad de una modificación de un tratado por la práctica ulterior de las partes «no puede excluirse totalmente desde el punto de vista jurídico»[646], consideró que se debía evitar que se produjera dicha modificación siempre que fuera posible. En lugar de ello, la Corte prefiere aceptar interpretaciones amplias que pueden extender el sentido corriente de los términos del tratado.

34) Esta conclusión extraída de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sigue la línea de determinadas consideraciones generales que se articularon durante los debates sobre el proyecto de artículo 38 de la Convención de Viena[647]. En la actualidad, parece que ha ganado más peso la consideración según la cual no se deberían obviar los procedimientos para realizar enmiendas previstos en los tratados recurriendo a medios informales frente a la observación general, igualmente cierta, de que el derecho internacional a menudo no es tan formalista como el derecho interno de los Estados[648]. La preocupación manifestada por varios Estados en la Conferencia de Viena acerca de que la posibilidad de la modificación de los tratados por medio de la práctica ulterior pudiese crear dificultades en relación con el derecho constitucional de los distintos Estados también ha adquirido desde entonces mayor relevancia[649]. Y, si bien la enmienda o modificación de un tratado por la práctica ulterior que establece el acuerdo de todas las partes no pone formalmente en tela de juicio el principio *pacta sunt servanda*, no es menos cierto que la estabilidad de las relaciones convencionales podría quedar en entredicho en caso de que se reconociera que un medio informal para determinar que hay un acuerdo en forma de una práctica ulterior pudiese modificar fácilmente un tratado[650].

35) En conclusión, aunque en el derecho jurisprudencial internacional existen precedentes en apoyo de que, en caso de que el tratado no contenga disposiciones en contrario, la práctica ulterior acordada entre las partes teóricamente puede llevar a modificaciones del tratado, no se debe presumir que en realidad se produzca tal efecto. Por el contrario, los Estados y los tribunales prefieren tratar por todos los medios de considerar una práctica ulterior acordada entre las partes como una tentativa por interpretar el tratado de una manera determinada. Esos intentos por dar a un tratado una interpretación amplia son posibles porque el artículo 31 de la Convención de Viena no otorga prioridad a ningún medio de interpretación en particular, sino que exige más bien que el intérprete tenga en cuenta todos los medios de interpretación pertinentes[651]. A este respecto, un elemento importante que hay que tomar en consideración es hasta qué punto es posible una interpretación evolutiva de la disposición convencional correspondiente[652].

Conclusión 8. Peso de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 8 señala varios criterios que pueden ser útiles para determinar el peso interpretativo que ha de otorgarse a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior concretos en el proceso de interpretación en un caso determinado. Naturalmente, el peso atribuido a los acuerdos ulteriores o la práctica ulterior también debe determinarse en relación con otros medios de interpretación (véase el proyecto de conclusión 1, párr. 5)[653].

2) El párrafo 1 se refiere al peso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, de suerte que versa sobre ambos apartados *a* y *b* desde un punto de vista general. El párrafo 1 indica que el peso que ha de atribuirse a un acuerdo ulterior o una

[645] Buga (nota 626 *supra*), en especial notas 126 a 132.

[646] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 635 *supra*), pág. 353, párr. 68.

[647] Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/671), párrs. 119 a 121.

[648] Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), pág. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice» (nota 629 *supra*), pág. 47; Hafner (nota 609 *supra*), págs. 115 a 117; J. E. Álvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), pág. 130.

[649] Véase *NATO Strategic Concept Case*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 22 de noviembre de 2001, demanda 2 BvE 6/99 (puede consultarse una traducción inglesa en: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), párrs. 19 a 21; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», págs. 145 a 148; Álvarez (nota 648 *supra*), pág. 130; I. Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», págs. 154 a 159; y H. Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», págs. 165 y 166, todos en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*).

[650] Véase, por ejemplo, Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique…» (nota 637 *supra*), pág. 274 (en particular con respecto a los tratados de límites).

[651] Proyecto de conclusión 1, párr. 5, y el comentario correspondiente (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, págs. 20 a 24); Hafner (nota 609 *supra*), pág. 117; algunos autores opinan que la gama de posibilidades en materia de «interpretación» es más amplia en el caso de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3, que en el caso de interpretaciones por otros medios de interpretación, incluida la gama de interpretaciones evolutivas por los órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, por ejemplo, Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 243; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 554 y 555, párr. 76.

[652] En la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia pudo dejar abierta la cuestión de si el término «comercio» había sido modificado por la práctica ulterior de las partes puesto que decidió que era posible dar a ese término una interpretación evolutiva (*Dispute regarding Navigation and Related Rights* (véase la nota 546 *supra*), en especial págs. 242 y 243, párrs. 64 a 66).

[653] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 20.

práctica ulterior como medios de interpretación depende, entre otras cosas, de su claridad y especificidad. El uso de la expresión «entre otras cosas» indica que esos criterios no deben considerarse exhaustivos. Otros criterios pueden referirse al momento en que tuvieron lugar el acuerdo o la práctica[654], la importancia dada por las partes a un acuerdo o una práctica concretos o la carga de la prueba aplicable.

3) El peso interpretativo de los acuerdos o la práctica ulteriores en relación con otros medios de interpretación depende a menudo de su especificidad con respecto al tratado correspondiente[655]. Así lo confirman, por ejemplo, ciertas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, laudos arbitrales e informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC[656]. El laudo dictado por el Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el asunto *Plama c. Bulgaria* es ilustrativo a este respecto:

> Es cierto que los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados se pueden tener en cuenta a efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado. El demandante ha presentado una exposición muy clara y perspicaz de la práctica de Bulgaria en relación con la celebración de tratados sobre inversiones con posterioridad a la celebración del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Bulgaria-Chipre en 1987. En el decenio de 1990, Bulgaria, después de la caída del régimen comunista, empezó a celebrar TBI con disposiciones sobre la solución de controversias mucho más liberales, incluido el recurso al arbitraje del CIADI. Sin embargo, esa práctica no es especialmente pertinente en el caso presente ya que las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre indican que esas Partes Contratantes no tenían la intención de que la cláusula de la nación más favorecida tuviera el sentido que de otro modo podría inferirse de la práctica convencional ulterior de Bulgaria. Bulgaria y Chipre negociaron una revisión de su TBI en 1998. Las negociaciones fracasaron, pero contemplaban una revisión de las disposiciones sobre solución de controversias […]. Cabe inferir de esas negociaciones que las propias Partes Contratantes en el TBI no consideraban que la disposición relativa al trato [de la nación más favorecida] NMF pudiera hacerse extensiva a las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI[657].

4) Mientras que la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitraje suelen atribuir un mayor peso interpretativo a la práctica ulterior más bien específica de los Estados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basa a menudo en evaluaciones comparativas amplias y a veces aproximadas de la legislación interna o las posiciones internacionales adoptadas por los Estados[658]. En este último contexto, conviene tener presente que los derechos y obligaciones asumidos en virtud de tratados de derechos humanos se deben incorporar correctamente, dentro del marco de apreciación previsto, a la legislación, la práctica ejecutiva y los acuerdos internacionales del respectivo Estado parte. A estos efectos, la existencia de puntos comunes suficientemente fuertes en las legislaciones nacionales de los Estados partes puede ser pertinente para determinar el alcance de un derecho humano o la necesidad de restringirlo. Además, la naturaleza de ciertos derechos u obligaciones a veces induce a tener en cuenta prácticas menos específicas. Por ejemplo, en el asunto, *Rantsev c. Chipre* el Tribunal sostuvo que:

> […] de las disposiciones de esos dos instrumentos [internacionales] se desprende claramente que los Estados contratantes […] han estimado que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos del problema permite luchar eficazmente contra la trata […]. Por tanto, el deber de penalizar y perseguir la trata es solo un aspecto de la obligación general de los Estados miembros de luchar contra ese fenómeno. El alcance de las obligaciones positivas que se derivan del artículo 4 [sobre la prohibición del trabajo forzado] debe considerarse en ese contexto más amplio[659].

5) Por otra parte, en el asunto *Chapman c. el Reino Unido*, el Tribunal observó que «puede decirse que hay un consenso internacional emergente entre los Estados Contratantes del Consejo de Europa en virtud del cual se reconocen las necesidades especiales de las minorías y una obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida […]»[660], pero en última instancia afirmó no estar convencido «de que ese consenso sea suficientemente concreto para poder extraer orientaciones en cuanto al comportamiento o las normas que los Estados Contratantes consideran deseables en una situación determinada»[661].

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 trata solo de la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, y especifica que el peso de la práctica ulterior depende, además, de que se repita y de la forma en que lo haga. La fórmula «de que se repita y de la forma en que lo haga» trae a colación el elemento temporal y el de la naturaleza de la repetición. Indica, por ejemplo, que, según el tratado considerado, algo más de una mera repetición mecánica o irreflexiva de una práctica puede contribuir a su valor interpretativo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. El elemento temporal y la naturaleza de la repetición también sirven para indicar el «fundamento» de una determinada posición de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Por otra parte, la no aplicación de un acuerdo ulterior también puede dejar entrever

---

[654] En la causa relativa a la *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, la Corte dio preeminencia a la práctica más cercana a la fecha de entrada en vigor, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (véase la nota 545 *supra*), pág. 50, párr. 126.

[655] Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…» (nota 598 *supra*), pág. 91.

[656] Véase, por ejemplo, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (nota 594 *supra*), en especial pág. 55, párr. 38; *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 627 *supra*), en especial pág. 259, párr. 74; OMC, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/R, aprobado el 19 de febrero de 2009, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS350/AB/R; OMC, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (*upland*)*, WT/DS267/R y Add.1 a 3, aprobado el 21 de marzo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS267/AB/R, párr. 625.

[657] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Chipre/Bulgaria TBI), resolución en materia de competencia, caso CIADI n.º ARB/03/24 (ECT), 8 de febrero de 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n.º 1 (2005), págs. 262 y ss., en especial págs. 323 y 324, párr. 195. Por lo que respecta al Tratado bilateral entre Bulgaria y Chipre sobre promoción y protección recíproca de inversiones, firmado en Nicosia el 12 de noviembre de 1987, véase *Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 de marzo de 1988, pág. 19, también disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org.

[658] Véase, por ejemplo, *Cossey v. the United Kingdom*, sentencia de 27 de septiembre de 1990, demanda n.º 10843/84, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 184, párr. 40; *Tyrer v. the United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978, demanda n.º 5856/72, serie A n.º 26, párr. 31; *Norris v. Ireland*, sentencia de 26 de octubre de 1988, demanda n.º 10581/83, serie A n.º 142, párr. 46.

[659] *Rantsev v. Cyprus and Russia*, sentencia de 7 de enero de 2010, demanda n.º 25965/04, ECHR 2010 (extractos), párr. 285, véanse también los párrs. 273 y 274.

[660] *Chapman v. the United Kingdom* [GC], sentencia de 18 de enero de 2001, demanda n.º 27238/95, ECHR 2001-I, párr. 93.

[661] Ibíd., párr. 94.

su falta de peso como medio de interpretación conforme al artículo 31, párrafo 3 *a*[662].

7) La cuestión de si la «práctica ulterior» a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*[663], requiere más de una aplicación aislada del tratado, fue abordada por el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Japón – Bebidas alcohólicas II*:

> […] la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie «concordante, común y coherente» de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación[664].

8) De esta definición parece desprenderse que la práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 *b*, requiere no solo un «acto o declaración» acerca de la interpretación de un tratado, sino también un comportamiento de una frecuencia y uniformidad tales que justifique la conclusión de que las partes han llegado a un acuerdo establecido acerca de la interpretación del tratado. Ese umbral supondría que una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, requiere una práctica colectiva especialmente amplia, asentada y específica en su forma para poder considerar que existe un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación.

9) La Corte Internacional de Justicia, por su parte, ha aplicado el artículo 31, párrafo 3 *b*, con mayor flexibilidad, sin añadir más condiciones. Este fue el criterio seguido, en particular, en el fallo dictado en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*[665]. Otros tribunales internacionales han seguido también en la mayoría de los casos el criterio adoptado por la Corte Internacional de Justicia. Así sucede con el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[666] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[667].

10) No obstante, la diferencia entre el criterio formulado por el Órgano de Apelación de la OMC, por una parte, y el criterio aplicado por la Corte Internacional de Justicia, por otra, es más aparente que real. El Órgano de Apelación de la OMC parece haber tomado la fórmula «concordante, común y coherente» de una publicación[668] en la que se dice que «el valor […] de la práctica ulterior dependerá, naturalmente, de la medida en que esta sea concordante, común y coherente»[669]. La fórmula «concordante, común y coherente» sirve así de orientación en cuanto a las circunstancias en que la práctica ulterior a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, tiene mayor o menor peso como medio de interpretación en un proceso de interpretación, en lugar de exigir una frecuencia determinada de la práctica[670]. El propio Órgano de Apelación de la OMC ha recurrido en algunas ocasiones a esta perspectiva matizada[671].

11) La Comisión, aun cuando estima que la fórmula «concordante, común y coherente» puede ser útil para determinar el peso de la práctica ulterior en un caso concreto, considera asimismo que dicha fórmula no está suficientemente consolidada para articular un umbral mínimo que determine la aplicabilidad del artículo 31, párrafo 3 *b*, y entraña el riesgo de que sea malinterpretada por ser demasiado prescriptiva. En definitiva, la Comisión continúa estimando que «[e]l valor de la práctica posterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica ponga de manifiesto»[672]. Esto significa que un único caso de práctica seguida por las partes por la cual conste el acuerdo de estas acerca de la interpretación sea tenido en cuenta conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*[673].

---

[662] *Pulp Mills on the River Uruguay*, fallo de 20 de abril de 2010 (véase la nota 564 *supra*), en especial pág. 63, párr. 131.

[663] Proyecto de conclusión 4, párr. 2 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 30).

[664] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, aprobado el 1 de noviembre de 1996, pág. 16.

[665] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial págs. 1075 y 1076, párrs. 47 a 50, y pág. 1087, párr. 63; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* (véase la nota 583 *supra*), en especial págs. 34 a 37, párrs. 66 a 71.

[666] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (véase la nota 621 *supra*), en especial págs. 116 a 126, párrs. 109 a 133.

[667] *Soering v. the United Kingdom* (véase la nota 552 *supra*), párr. 103; *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), sentencia de 23 de marzo de 1995, demanda n.º 15318/89, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, serie A n.º 310, párrs. 73 y 79 a 82; *Banković and Others v. Belgium and Others* (véase la nota 555 *supra*), párrs. 56 y 62; en lo concerniente a la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, véase O. K. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 2 (2008), pág. 345; véase también A. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», AJIL, vol. 104, n.º 2 (2010), págs. 207 a 215.

[668] Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 137; véase también Yasseen (nota 533 *supra*), págs. 48 y 49; mientras que el término *commune* ha sido tomado de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, *d'une certaine constance* y *concordante* son condiciones que infiere Yasseen al profundizar en su análisis; véase *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7, págs. 106 y 107, párrs. 17 y 18, y documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15.

[669] Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 137; véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (demanda reconvencional), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (nota 621 *supra*), en especial pág. 118, párr. 114.

[670] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI (n.º de venta: E/F.95.V.2), págs. 53 y ss., en especial pág. 187, párr. 169; J.-P. Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70 (1966), págs. 644 a 647 (*valeur probatoire*); Distefano (nota 533 *supra*), pág. 46; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), pág. 556, párr. 79; véanse también las alegaciones orales ante la Corte Internacional de Justicia en la causa *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, CR 2012/33, págs. 32 a 36, párrs. 7 a 19 (Wood), que pueden consultarse en: www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121211-ORA-01-00-BI.pdf, y CR 2012/36, págs. 13 a 18, párrs. 6 a 21 (Wordsworth), disponible en: www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121214-ORA-02-00-BI.pdf.

[671] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, aprobado el 22 de junio de 1998, párr. 93.

[672] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15; véase también Cot (nota 670 *supra*), pág. 652.

[673] En realidad, un caso único de práctica no será a menudo suficiente para que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; sin embargo, como regla general, la práctica ulteriormente seguida a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *b*, no exige ninguna repetición sino solo un acuerdo acerca de la interpretación. Así pues, la probabilidad de un acuerdo que conste en virtud de una práctica única depende del acto y el tratado de que se trate, véase E. Lauterpacht, «The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976*, vol. 152, págs. 377 y ss., en especial pág. 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties…* (nota 534 *supra*), pág. 166; C. F. Amerasinghe, «Interpretation of texts in open international organizations»,

12) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 8 versa sobre el peso que debe atribuirse a «otra práctica ulterior» en el sentido del artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)[674]. No aborda cuándo y en qué circunstancias se puede tomar en consideración esa práctica. El Órgano de Apelación de la OMC ha subrayado, en una situación comparable, que esas dos cuestiones deben distinguirse entre sí:

> […] consideramos que las Comunidades Europeas amalgaman la cuestión preliminar de qué puede ser considerado una «circunstancia» de la celebración de un tratado con la cuestión distinta de determinar el grado de pertinencia que puede atribuirse a una determinada circunstancia a efectos de interpretación en virtud del artículo 32[675].

El Órgano de Apelación sostuvo también que:

> […] en primer lugar, el Grupo Especial *no* examinó la práctica de las Comunidades Europeas en materia de clasificación durante las negociaciones de la Ronda Uruguay *como medio de interpretación complementario* en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena*; y, en segundo lugar, el valor de la práctica de clasificación como medio de interpretación complementario […][676].

Para determinar la «pertinencia» de esa práctica ulterior, el Órgano de Apelación se remitió a «factores objetivos»:

> Entre ell[o]s figuran el tipo de hecho, documento o instrumento y su naturaleza jurídica; la relación temporal de la circunstancia con la celebración del tratado; el conocimiento efectivo de un acto o instrumento publicado o el simple acceso a él; el contenido del documento, instrumento o hecho en relación con la disposición del tratado que ha de interpretarse; y si o cómo se utilizó o influyó en las negociaciones del tratado[677].

13) El Órgano de Apelación, aunque no utilizó el término «especificidad», se remitió a los criterios antes mencionados. En vez de claridad, el Órgano de Apelación habló de «coherencia», y señaló que la coherencia no debía establecer un criterio de referencia sino más bien determinar el grado de pertinencia. «[U]na práctica anterior coherente en materia de clasificación puede ser significativa, pero una práctica de clasificación incoherente *no puede* ser pertinente [al interpretar el sentido de una concesión arancelaria]»[678].

14) Otro factor que contribuye a determinar la pertinencia en relación con el artículo 32 puede ser el número de Estados afectados que realizan esa práctica. El Órgano de Apelación ha señalado:

> Para determinar esa intención puede ser pertinente la práctica anterior de *una* de las partes solamente, pero es evidente que esta tiene un valor más limitado que la práctica de todas las partes. En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación[679].

Conclusión 9. Acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado

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

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

Comentario

1) La primera oración del párrafo 1 enuncia el principio de que un «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, requiere un entendimiento común de las partes acerca de la interpretación de un tratado. Para que ese entendimiento común tenga el efecto previsto en el artículo 31, párrafo 3, las partes deben reconocer y aceptar la interpretación en él contenida. Si bien la diferencia en cuanto a la forma de un «acuerdo» en el sentido del apartado *a* y el apartado *b* ya se ha establecido en el proyecto de conclusión 4 y su comentario[680], en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 se pretende reflejar lo que ambos apartados tienen en común, que es el acuerdo entre las partes, en lo esencial, acerca de la interpretación del tratado.

2) El elemento que distingue los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, por una parte, y toda otra práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32[681], por otra, es el «acuerdo» de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es este acuerdo de las partes el que da a los medios de interpretación mencionados en el artículo 31, párrafo 3[682], su función y valor específicos en el

---

British Year Book of International Law 1994, vol. 65, págs. 175 y ss., en especial pág. 199. Villiger arguye a favor de una cierta frecuencia, pero subraya que lo importante es que conste un acuerdo, Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention…* (nota 611 *supra*), págs. 431 y 432, párr. 22. Yasseen y Sinclair escriben que la práctica «en general» no se puede constatar mediante un solo acto: Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 47; Sinclair (nota 533 *supra*), pág. 137; véase asimismo G. Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time», en Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (nota 537 *supra*), págs. 307 y ss., en especial pág. 310.

[674] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31.

[675] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, aprobado el 27 de septiembre de 2005, y Corr.1, párr. 297.

[676] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 671 *supra*), párr. 92 (se ha omitido la nota de pie de página).

[677] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 675 *supra*), párr. 291 (se ha omitido la nota de pie de página).

[678] Ibíd., párr. 307 (el texto citado corresponde al párrafo 95 del informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 671 *supra*)).

[679] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (véase la nota 671 *supra*), párr. 93.

[680] Véase el comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 32).

[681] Véanse el proyecto de conclusión 2 y el proyecto de conclusión 4, párr. 3 (ibíd., págs. 24 y 31).

[682] Véase Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)…» (nota 564 *supra*), pág. 30: «No hay motivo alguno para pensar que la palabra “acuerdo” en el apartado *b* tiene un significado diferente del recogido en el apartado *a*».

proceso interactivo de interpretación contemplado en la regla general de interpretación del artículo 31[683].

3) Las posturas divergentes expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el tribunal arbitral en el caso relativo a la *Deuda externa alemana*, el cual determinó que no podía deducirse la existencia de un «acuerdo ulterior tácito» a partir de una serie de comunicaciones de los organismos de administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente[684].

4) No obstante, el acuerdo solo falta en la medida en que las posturas de las partes están en conflicto y durante el tiempo en que lo están. Que las partes difieran en la forma en que se aplica un tratado no permite, en sí, inferir la existencia de posturas encontradas acerca de la interpretación del tratado. Esa diferencia puede indicar discrepancias respecto de la única interpretación correcta, pero también puede reflejar simplemente una coincidencia de pareceres en el sentido de que el tratado concede cierto margen de discrecionalidad en su aplicación (véase *supra* el comentario del proyecto de conclusión 7, párrs. 12 a 15). Los tratados que se caracterizan por sus consideraciones de humanidad u otros intereses generales de la comunidad, como los tratados de derechos humanos o sobre los refugiados, suelen tener como objetivo lograr una interpretación uniforme, pero también dejan un margen de discrecionalidad a los Estados.

5) Si bien el comportamiento ambiguo de una o más partes normalmente impide determinar que se está en presencia de un acuerdo[685], no todos los elementos del comportamiento de un Estado que no se ajusten plenamente al contexto general confieren necesariamente al comportamiento de dicho Estado una ambigüedad tal que impida determinar que se está en presencia de un acuerdo. Por ejemplo, en el caso del *Canal de Beagle*, el Tribunal de Arbitraje declaró que, si bien hubo un momento en que las partes manifestaron diferencias de opinión en cuanto a la interpretación de un tratado, ese hecho no bastaba para determinar que la falta de acuerdo era permanente:

> De igual forma, las negociaciones fallidas para alcanzar una solución difícilmente podrían tener un efecto permanente. A lo sumo, podían haber privado temporalmente a los actos de las partes de su valor probatorio en relación con sus respectivas interpretaciones del Tratado [de Límites de 1881], en la medida en que dichos actos tuvieran lugar durante el proceso de negociación. Esto es lo máximo que podría ocurrir[686].

6) Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en el asunto *Loizidou c. Turquía* que los límites a las restricciones que las partes podían imponer al aceptar la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal se habían visto «confirmados por la práctica ulterior de las partes contratantes», es decir, por «la prueba de una práctica de la que puede inferirse un acuerdo prácticamente universal entre las partes contratantes según el cual los artículos 25 y 46 […] del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] no permiten que se impongan restricciones territoriales o sustantivas»[687]. El Tribunal, aplicando el artículo 31, párrafo 3 *b*, calificó «esa práctica de los Estados» de «uniforme y coherente», pese a reconocer también que podía darse una excepción en el caso de dos Estados en particular[688]. La decisión parece indicar que, al menos en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existe cierto margen de apreciación al determinar si se está en presencia de un acuerdo de las partes en cuanto a una interpretación en particular[689].

7) El término «acuerdo» que figura en la Convención de Viena[690] no implica ningún requisito de forma[691], ni siquiera el «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*[692]. No obstante, la Comisión, a fin de

---

[683] Véase el comentario del proyecto de conclusión 1, párrs. 12 a 15 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 23); el artículo 31, que debe ser «interpretado en su conjunto», concibe el proceso de interpretación como «una sola operación combinada» y no «estable[ce] una jerarquía jurídica entre las reglas de interpretación de los tratados» (*Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 241, párrs. 8 y 9).

[684] *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (*e*) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, laudo de 16 de mayo de 1980, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX (n.º de venta: E/F.90.V.7), págs. 67 y ss., en especial págs. 103 y 104, párr. 31 (véase también ILR, vol. 59 (1980), págs. 494 y ss., en particular pág. 540); véase también OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (nota 671 *supra*), párr. 95; *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, decisión de 14 de febrero de 1985, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, págs. 149 y ss., en especial pág. 175, párr. 66.

[685] *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France* (nota 627 *supra*), en especial pág. 258, párr. 70; Kolb, «La modification d'un traité…» (nota 640 *supra*), pág. 16.

[686] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (nota 670 *supra*), pág. 188, párr. 171. Por lo que respecta al Tratado de Límites entre la República Argentina y la República de Chile, firmado en Buenos Aires el 23 de julio de 1881, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2384, n.º 1295, pág. 205.

[687] *Loizidou v. Turkey* (nota 667 *supra*), párrs. 79 y 80.

[688] Ibíd. párrs. 80 y 82; el asunto no se refería a la interpretación de un derecho humano particular, sino a la cuestión de si un Estado estaba obligado en absoluto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[689] La jurisprudencia más restrictiva del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC parece indicar que cada intérprete puede evaluar la situación de manera diferente, véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping («reducción a cero»)*, WT/DS294/R, aprobado el 9 de mayo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS294/AB/R, párr. 7.218: «[…] aunque se hubiera establecido de forma concluyente que los 76 Miembros indicados por las Comunidades Europeas han adoptado [determinada] práctica […], eso solo significaría que un número considerable de Miembros de la OMC han adoptado un enfoque distinto del de los Estados Unidos. […] Observamos que en este procedimiento un tercero ha presentado argumentos contra la opinión de las Comunidades Europeas […]».

[690] Véanse los artículos 2, párrafo 1 *a*, 3, 24, párrafo 2, 39 a 41, 58 y 60.

[691] Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31); confirmado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, laudo de 7 de julio de 2014, disponible en: www.pca-cpa.org, pág. 47, párr. 165; Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 45; Distefano (nota 533 *supra*), pág. 47.

[692] Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 5 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31); Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 208, 209 y 216 a 220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), pág. 213; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), pág. 554,

distinguir entre un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, y una práctica ulterior por la cual «conste el acuerdo de las partes» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, ha señalado que el acuerdo ulterior presupone un «acto común único»[693]. No es preciso que un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas[694].

8) Para que exista un acuerdo en los términos previstos en el artículo 31, párrafo 3, no basta con que coincidan las posturas de las partes acerca de la interpretación del tratado; las partes deben también saber y aceptar que esas posturas son comunes. Por ello, en la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que para que existiera una práctica en los términos del artículo 31, párrafo 3 *b*, era necesario que «las autoridades […] fuesen plenamente conscientes de ello y lo aceptasen como confirmación de la frontera establecida en el Tratado [de 1890]»[695]. En efecto, solo el conocimiento y la aceptación de la postura de las otras partes acerca de la interpretación de un tratado justifica que se considere al acuerdo previsto en el artículo 31, párrafo 3 *a* o *b*, como un medio «auténtico» de interpretación[696]. En determinadas circunstancias, cabe presumir el conocimiento y la aceptación de la postura de la otra parte o las otras partes, en particular en el caso de los tratados que se aplican a nivel nacional.

9) El objetivo de la segunda oración del párrafo 1 es reafirmar que el «acuerdo» del artículo 31, párrafo 3, no tiene que ser jurídicamente vinculante en sí mismo[697], a diferencia de otras disposiciones de la Convención de Viena en que el término «acuerdo» se utiliza en el sentido de un instrumento jurídicamente vinculante[698].

10) Así lo confirma la Comisión en el texto definitivo de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados cuando utiliza la expresión «toda práctica ulteriormente seguida […] por la cual conste el *acuerdo* [understanding]* de las partes»[699]. El uso del término *understanding* en la versión inglesa indica que la palabra *agreement* utilizada en el texto inglés del artículo 31, párrafo 3, no requiere que las partes asuman o establezcan una obligación jurídica que coexista con el tratado o sea independiente de este[700]. La Conferencia de Viena sustituyó *understanding* (acuerdo) por *agreement* (acuerdo) en la versión inglesa no por motivos sustantivos, sino «como mera cuestión de redacción», a fin de hacer hincapié en que el acuerdo de las partes debía ser su «común» acuerdo[701]. Dado que solo se distingue del acuerdo en los términos del artículo 31, párrafo 3 *b*, en la forma y no en el fondo, el «acuerdo» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, tampoco tiene que ser jurídicamente vinculante[702].

11) Por tanto, basta con que las partes, a través de un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, atribuyan un determinado sentido al tratado[703] o, en otras palabras, adopten un cierto «acuerdo» (*understanding*) respecto del tratado[704]. Así pues, aunque no sean en sí mismos jurídicamente vinculantes, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, pueden, como medio de interpretación, tener consecuencias jurídicas en el marco del proceso de interpretación de

párr. 75; R. Gardiner, «The Vienna Convention rules on treaty interpretation», en D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, págs. 475 y 483.

[693] Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 10 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 32); un «acto común único» puede también consistir en un canje de notas, véase *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 de junio de 1990, ILR, vol. 105, págs. 1 y ss., en especial págs. 54 a 56; H. Fox, «Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», en M. Fitzmaurice, O. Elias y P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pág. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), págs. 220 y 221.

[694] A. Aust, «The theory and practice of informal international instruments», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n.º 4 (1986), págs. 789 y 790.

[695] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), pág. 1094, párr. 74 («ocupación de la isla por la tribu masubia»), y págs. 1077 y 1078, párr. 55 («informe Eason», el cual «al parecer nunca fue remitido a Alemania»); Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), pág. 560, párr. 88.

[696] En este sentido, determinar que existe una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*, podría ser más difícil de lo que se exige para la formación del derecho internacional consuetudinario, pero véase Boisson de Chazournes, «Subsequent practice…» (nota 537 *supra*), págs. 53 a 55.

[697] Comentario del proyecto de conclusión 4, párr. 6 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31); P. Gautier, «Non-binding agreements», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil, párr. 14; M. Benatar, «From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations», *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), págs. 170 y ss., en especial págs. 194 y 195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), pág. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 217; véase también Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time» (nota 673 *supra*), págs. 307 y ss., en especial pág. 375.

[698] Véanse los artículos 2, párr. 1 *a*, 3, 24, párr. 2, 39 a 41, 58 y 60.

[699] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15.

[700] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 670 *supra*), en especial pág. 187, párr. 169; *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts…* (véase la nota 684 *supra*), párr. 31; Karl (nota 534 *supra*), págs. 190 a 195; Kolb, «La modification d'un traité…» (nota 640 *supra*), págs. 25 y 26; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties…* (nota 534 *supra*), págs. 169 a 171.

[701] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones…* (A/CONF.39/11) (nota 535 *supra*), pág. 186, en especial párrs. 59 y 60; P. Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États», en N. Angelet y otros (dirs.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit - Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 425 y ss., en especial págs. 430 y 431: *La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme «accord» est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au «traité» défini à l'article 2 de la convention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique* (se ha omitido la nota de pie de página).

[702] Gautier, «Non-binding agreements» (nota 697 *supra*), párr. 14; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), págs. 211 y 213.

[703] Esta terminología se basa en el comentario de la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 58 y 59, párrs. 18 y 19).

[704] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, págs. 243 y 244, párrs. 15 y 16 (utiliza el término *understanding* en relación con el texto precursor tanto del artículo 31, párrafo 3 *a*, como del artículo 31, párrafo 3 *b*).

conformidad con el artículo 31[705]. En consecuencia, los tribunales judiciales y arbitrales internacionales no han exigido que el «acuerdo» a que se hace referencia en el artículo 31, párrafo 3, refleje la intención de las partes de crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes[706]. Del mismo modo, en ocasiones los memorandos de entendimiento han sido reconocidos por su «contribución potencialmente importante a la interpretación», pero «no como fuente de derechos y obligaciones jurídicas independientes»[707].

12) Algunos miembros consideraron, por otra parte, que el término «acuerdo» tiene el mismo sentido en todas las disposiciones de la Convención de Viena. Según esos miembros, dicho término designa todo entendimiento que tenga efectos jurídicos entre los Estados de que se trate y la jurisprudencia a la que se hace referencia en el presente comentario no contradice esa definición. Tal definición no impediría que se tuviera en cuenta, a los fines de la interpretación, un entendimiento legalmente vinculante en el sentido del artículo 32.

13) La primera oración del párrafo 2 confirma el principio de que no todas las partes deben seguir una práctica en particular para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. La segunda oración aclara que, en determinadas circunstancias, el silencio o la inacción pueden equivaler a la aceptación de esa práctica por las partes que no la siguen.

14) Desde el principio, la Comisión ha reconocido que un «acuerdo» que emane de la práctica ulterior a que alude el artículo 31, párrafo 3 *b*, puede ser producto, en parte, del silencio o la inacción de una o más partes. Al exponer el motivo por el que utilizó la expresión «el acuerdo [*understanding*] de las partes» en el proyecto de artículo 27, párrafo 3 *b* (que posteriormente pasó a ser *agreement* (acuerdo) en el artículo 31, párrafo 3 *b* (véase el párrafo 10 *supra*)), y no la expresión «el acuerdo [*understanding*] de *todas* las partes», la Comisión señaló lo siguiente:

> Estimó que la expresión «el acuerdo de las partes» se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra «todas» simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado[708].

15) En la causa relativa al *Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia también reconoció la posibilidad de que se manifestara un acuerdo acerca de la interpretación a través del silencio o la inacción, al afirmar que, cuando era «evidente que las circunstancias exigían una reacción dentro de un plazo razonable», se debía considerar que el Estado que se encontraba ante un determinado comportamiento ulterior de otra parte había «dado su asentimiento»[709]. El planteamiento general de la Corte en cuanto a los efectos del silencio como práctica ulterior por la que consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado ha sido confirmado en decisiones posteriores[710] y respaldado por la doctrina en general[711]. Las «circunstancias» que «exigen una reacción» incluyen el entorno específico en el que interactúan los Estados partes en relación con el tratado[712].

16) En el caso del *Canal de Beagle*, el Tribunal de Arbitraje examinó el argumento planteado por la Argentina según el cual los actos de jurisdicción de Chile respecto de ciertas islas no podían considerarse un comportamiento ulterior pertinente debido a que la Argentina no había reaccionado ante ellos. No obstante, el Tribunal afirmó que:

---

[705] *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo sobre la primera cuestión, 30 de noviembre de 1992, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIV (n.º de venta: E/F.04.V.18), págs. 1 y ss., en especial pág. 131, párr. 6.8; Aust, «The theory and practice of informal international instruments» (nota 694 *supra*), págs. 787 y 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties…* (nota 534 *supra*), pág. 173; Hafner (nota 609 *supra*), págs. 110 a 113; Gautier, «Les accords informels et la Convention de Vienne…» (nota 701 *supra*), pág. 434.

[706] Por ejemplo, «modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación» (OMC, informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (véase la nota 664 *supra*), pág. 16); o «pauta […] [que] implique[ ] un *acuerdo* sobre la interpretación de la disposición respectiva» (OMC, informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros – Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, aprobados el 21 de septiembre de 2010, párr. 7.558); o «práctica [que] refleja un acuerdo sobre la interpretación» (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo interlocutorio n.º ITL 83-B1-FT (reconvención), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America* (nota 621 *supra*), pág. 119, párr. 116); o que «la práctica de los Estados […] indica la falta de posicionamiento de los Estados contratantes» (*Banković and Others v. Belgium and Others* (véase la nota 555 *supra*), párr. 62).

[707] *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (véase la nota 705 *supra*), en especial pág. 131, párr. 6.8; véase también *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine («Ijzeren Rijn») Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decisión de 24 de mayo de 2005, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVII (n.º de venta: 06.V.8), págs. 35 y ss., en especial pág. 98, párr. 157.

[708] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 243, párr. 15.

[709] *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 573 *supra*), en especial pág. 23.

[710] *Oil Platforms*, objeción preliminar, fallo de 12 de diciembre de 1996 (nota 547 *supra*), en especial pág. 815, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 410, párr. 39; *Prosecutor v. Furundžija*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, causa n.º IT-95-17/1-T, [1998] 1 ICTY JR, págs. 466 y ss., en particular pág. 591, párr. 179; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (nota 659 *supra*), párr. 285; con prudencia: OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (nota 675 *supra*), párr. 272; véase también, para una confirmación parcial, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, laudo n.º 30-16-3 (18 de marzo de 1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), págs. 141 y ss., en especial pág. 144; *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2 (e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts…* (véase la nota 684 *supra*), párr. 31.

[711] Kamto, «La volonté de l'État…» (nota 626 *supra*), págs. 134 a 141; Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (nota 533 *supra*), pág. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention…* (nota 611 *supra*), pág. 431, párr. 22; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (nota 534 *supra*), págs. 557 a 559, párrs. 83 y 86.

[712] Por ejemplo, cuando actúan en el marco de una organización internacional: véase *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial págs. 675 y 676, párrs. 99 a 101; Kamto, «La volonté de l'État…» (nota 626 *supra*), pág. 136.

Los términos de la Convención de Viena no especifican la forma en que puede manifestarse un «acuerdo». En el contexto del presente caso, los actos de jurisdicción no tenían por objeto establecer un título independiente de los términos del Tratado [de Límites de 1881]; ni tampoco pueden considerarse en contradicción con la interpretación que hace Chile de esos términos. Las pruebas corroboran la opinión de que se trataba de actos públicos que la Argentina conocía muy bien y que solo podían derivar del Tratado. En esas circunstancias, el silencio de la Argentina permite inferir que los actos tendieron a confirmar una interpretación del sentido del Tratado independiente de los propios actos de jurisdicción[713].

En el mismo caso, el Tribunal de Arbitraje estimó que:

La mera publicación de una serie de mapas de valor y mérito sumamente dudosos (como ya ha determinado el Tribunal), incluso aunque esos mapas representaran la opinión oficial de la Argentina, no podía impedir […] que Chile realizara actos que revelaran, a su vez, su propia opinión respecto a los derechos que le confería el Tratado de 1881, ni podía tampoco eximir a la Argentina de la necesidad de reaccionar en respuesta a esos actos si los consideraba contrarios al Tratado[714].

17) La importancia del silencio también depende de la situación jurídica con la que se relaciona la práctica ulterior de la otra parte y de la pretensión invocada. Así, en la causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que:

Algunas de esas actividades (la organización de los servicios públicos de salud y de educación, las actividades policiales y la administración de justicia) podían considerarse normalmente actos de soberanía. Sin embargo, la Corte observa que, dado que existía un título preexistente del Camerún en esa zona, la pregunta jurídica pertinente que hay que hacerse es si existía, por consiguiente, una prueba de la aquiescencia del Camerún en lo que se refiere al traspaso del título a Nigeria[715].

18) Este fallo parece indicar que, en los casos relativos a tratados que delimitan una frontera, las circunstancias exigen una reacción con respecto a los comportamientos contrarios a la delimitación solo en casos muy excepcionales. En estas situaciones parece haber una fuerte presunción de que el silencio o la inacción no constituyen aceptación de una práctica[716].

19) El valor del silencio o la inacción a los fines de determinar si existe un acuerdo acerca de la interpretación depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Las decisiones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales demuestran que no es fácil establecer la aceptación de una práctica por una o más partes por su silencio o inacción.

20) Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales, por ejemplo, se han mostrado reacios a aceptar que los procesos parlamentarios o las sentencias judiciales nacionales sean considerados una práctica ulterior en los términos del artículo 31, párrafo 3 *b*, ante la cual quepa esperar una reacción de las otras partes en el tratado, incluso si dichos procesos o sentencias llegaron a su conocimiento a través de otros canales, incluido su propio servicio diplomático[717].

21) Además, aun cuando una de las partes, a través de su comportamiento, exprese cierta postura con respecto a otra parte (o partes) acerca de la interpretación de un tratado, no necesariamente cabe esperar una reacción de la otra parte o partes. En la causa relativa a la *Isla de Kasikili/Sedudu*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la falta de reacción de un Estado ante las conclusiones formuladas por una comisión conjunta de expertos, a la cual las partes habían encomendado la misión de dilucidar una situación fáctica concreta en relación con un hecho controvertido, no permitía concluir que se había alcanzado un acuerdo con respecto a dicha controversia[718]. El motivo fue que las partes en esta causa en particular habían considerado que la labor de los expertos era una etapa meramente preparatoria tras la cual se tomaría una decisión independiente a nivel político. En un plano más general, el Órgano de Apelación de la OMC sostuvo que:

[…] en determinadas situaciones específicas, la «falta de reacción» o el silencio de determinada parte en un tratado pued[e] interpretarse, a la luz de las circunstancias del caso, como aceptación de la práctica seguida por otras partes en el tratado. Pueden ocurrir tales situaciones cuando una parte que no ha seguido una práctica ha tenido, o se le ha dado, conocimiento de la práctica de otras partes (por ejemplo, mediante notificación o por haber participado en un foro en que la práctica se discute) pero no reacciona frente a ella[719].

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha confirmado este enfoque. Teniendo en cuenta la práctica de los Estados en la interpretación de los artículos 56, 58 y 73 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Tribunal declaró:

El Tribunal reconoce que la legislación nacional de varios Estados, no solo en la región de África Occidental, sino también en otras regiones del mundo, regula el aprovisionamiento de los buques extranjeros que pescan en sus zonas económicas exclusivas de manera comparable a Guinea-Bissau. El Tribunal observa asimismo que no hay ninguna oposición manifiesta a dicha legislación que, en general, se cumple[720].

22) El posible valor jurídico del silencio o la inacción ante una práctica ulterior de una parte en un tratado no se limita a su contribución a un posible acuerdo común subyacente, sino que puede también influir en el

---

[713] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (véase la nota 670 *supra*), pág. 187, párr. 169 *a*.

[714] Ibíd., pág. 188, párr. 171.

[715] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo de 10 de octubre de 2002 (véase la nota 635 *supra*), pág. 353, párr. 67.

[716] Ibíd., en especial pág. 351, párr. 64: «Sin embargo, la Corte observa que, dado que ha llegado a la conclusión de que la frontera en el Lago Chad estaba delimitada […], de ello se desprende necesariamente que las actuaciones objetivas de Nigeria han de ser consideradas, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, como actos *contra legem*»; véase también *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 586, párr. 63; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, decisión de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 y ss., en especial pág. 181, párr. 70 (voto particular disconforme del Magistrado Bedjaoui).

[717] *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (véase la nota 583 *supra*), en especial págs. 650 y 651, párr. 48; OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 675 *supra*), párr. 334: «el mero acceso a una sentencia publicada no puede equipararse a la aceptación».

[718] *Kasikili/Sedudu Island* (véase la nota 539 *supra*), en especial págs. 1089 a 1091, párrs. 65 a 68.

[719] OMC, informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados* (véase la nota 675 *supra*), párr. 272 (se ha omitido la nota de pie de página).

[720] *The M/V «Virginia G» Case (Panama/Guinea-Bissau)*, sentencia de 14 de abril de 2014, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 2014*, párr. 218.

funcionamiento de normas que no se basan en el consentimiento, como la regla de los actos propios (*estoppel*), la preclusión o la prescripción[721].

23) El acuerdo que conste entre las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*, puede, en algún momento, darse por terminado. Las partes pueden sustituirlo por otro acuerdo de diferente alcance o contenido en virtud del artículo 31, párrafo 3. En este caso, el nuevo acuerdo sustituye al anterior como medio auténtico de interpretación a partir de la fecha de su existencia, al menos con efectos en el futuro[722]. No obstante, esas situaciones no se deben presumir a la ligera, ya que los Estados no suelen cambiar su interpretación de un tratado en función de consideraciones a corto plazo.

24) También es posible que surja una desavenencia entre las partes acerca de la interpretación del tratado luego de haber alcanzado un acuerdo ulterior sobre dicha interpretación. Sin embargo, esta desavenencia normalmente no sustituirá al acuerdo ulterior previo, ya que el principio de la buena fe impide que una parte niegue simplemente las expectativas legítimas creadas por una interpretación común[723]. Por otro lado, las expresiones claras de repudio de una de las partes respecto de un entendimiento anterior derivado de una práctica común «sí reducen significativamente la importancia de dicha práctica desde ese momento», sin no obstante quitarle importancia a la práctica común anterior[724].

Conclusión 10. Decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes

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

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o dar lugar a una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado.

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a un tipo particular de actuación de los Estados que puede dar lugar a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en el sentido del artículo 32, a saber, las decisiones adoptadas en el marco de conferencias de Estados partes[725].

2) Los Estados suelen utilizar las conferencias de los Estados partes como una forma de participar en el proceso continuo de examen y aplicación de los tratados multilaterales[726]. En líneas generales, esas conferencias pueden dividirse en dos categorías básicas. En primer lugar, algunas conferencias son en realidad un órgano de una organización internacional en el que los Estados partes actúan en calidad de miembros de ese órgano (por ejemplo, las reuniones de los Estados partes de la OMC, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ), o la OACI)[727]. Esas conferencias de Estados partes no están comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 10, que no se refiere a la práctica ulterior de organizaciones internacionales, o en el ámbito de organizaciones internacionales[728]. En segundo lugar, otras conferencias de Estados partes se convocan en cumplimiento de lo dispuesto en tratados que no establecen una organización internacional; más bien, el tratado simplemente prevé reuniones más o menos periódicas de los Estados partes para su examen y aplicación. Esas conferencias de examen constituyen marcos para la cooperación de los Estados partes y su comportamiento ulterior en relación con el tratado. Cualquier tipo de conferencia de Estados partes también puede tener competencias específicas en materia de enmienda y/o reforma de los tratados. Como ejemplo de ello, cabe citar el proceso de examen de la Conferencia de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento

---

[721] *Certain expenses of the United Nations* (véase la nota 540 *supra*), págs. 182 y ss. (voto particular disconforme del Magistrado Spender).

[722] Hafner (nota 609 *supra*), pág. 118; esto significa que el efecto interpretativo de un acuerdo conforme al artículo 31, párrafo 3, no es necesariamente retroactivo a la fecha de la entrada en vigor del tratado, como sostiene Yasseen (nota 533 *supra*), pág. 47.

[723] Karl (nota 534 *supra*), pág. 151.

[724] *Maritime Dispute (Peru v. Chile)* (véase la nota 545 *supra*), pág. 56, párr. 142.

[725] También se las conoce como Reuniones de las partes o Asambleas de los Estados partes.

[726] Véase V. Röben, «Conference (Meeting) of States Parties», en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, 2012, pág. 605 (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil); R. R. Churchill y G. Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law», AJIL, vol. 94, n.º 4 (2000), pág. 623; J. Brunnée, «COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n.º 1 (2002), pág. 1; A. Wiersema, «The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, n.º 1 (2009), pág. 231; L. Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, n.º 6 (2009), pág. 293.

[727] Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, de 1994; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 1993; Convenio sobre Aviación Civil Internacional, de 1944.

[728] Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de tratados por los que se establecen organizaciones internacionales serán objeto de otro informe.

de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción de 1972[729], la Conferencia de examen con arreglo al artículo VIII.3 del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968[730], y Conferencias de los Estados Partes establecidas por los tratados internacionales sobre el medio ambiente[731]. La Comisión Ballenera Internacional, establecida en virtud del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena de 1946[732] es un caso límite entre las dos categorías básicas de conferencias de Estados partes, y su práctica ulterior se examinó en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*[733].

3) Habida cuenta de que suelen ser establecidas por tratados, las conferencias de Estados partes son, en cierto sentido, «órganos creados en virtud de tratados». Sin embargo, no deben confundirse con los órganos integrados por expertos independientes o los órganos con un número limitado de miembros. Las conferencias de Estados partes son reuniones más o menos periódicas abiertas a todas las partes en un tratado.

4) A fin de reconocer la gran variedad de conferencias de Estados partes y las normas por las que se rigen, el párrafo 1 establece una amplia definición del concepto de «conferencia de Estados partes» a los efectos del presente proyecto de conclusiones, que solo excluye la actuación de los Estados en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional (que será objeto de un proyecto de conclusión ulterior).

5) La primera oración del párrafo 2 reconoce que la importancia jurídica de los actos realizados por las conferencias de Estados partes depende, en primer lugar, de las normas que rigen las conferencias de Estados partes, en particular del tratado constitutivo y del reglamento aplicable. Las conferencias de Estados partes realizan diversos actos, como el examen de la aplicación del tratado, el examen del tratado en sí y la adopción de decisiones en el marco de procedimientos de enmienda[734].

6) Las competencias de las conferencias de Estados partes pueden estar previstas en cláusulas generales, en disposiciones específicas o en ambas. Por ejemplo, el artículo 7, párrafo 2, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático comienza con la siguiente formulación general, antes de enumerar 13 tareas específicas de la Conferencia, una de las cuales se refiere al examen de las obligaciones de las partes en el tratado:

> La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención.

7) Diversos tratados contienen disposiciones específicas en que se hace referencia a una conferencia de las partes que propondrá «directrices» para la aplicación de determinadas disposiciones del tratado[735] o determinará «los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes» para un plan de aplicación del tratado[736].

8) Los procedimientos de enmienda (en un sentido amplio del término) pueden ser procedimientos por los que se puede enmendar el texto principal del tratado (cuyo resultado en la mayoría de los casos debe ser ratificado por los Estados partes con arreglo a los procedimientos establecidos en sus constituciones), y procedimientos de aceptación tácita y renuncia expresa[737], que suelen aplicarse a los anexos y apéndices, que contienen listas de sustancias, especies u otros elementos que es necesario actualizar periódicamente[738].

9) Como punto de partida, en el párrafo 2 se establece que el efecto jurídico de una decisión adoptada en una conferencia de Estados partes depende principalmente del tratado en cuestión y, en su caso, del reglamento aplicable.

---

[729] Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, art. XI. Con arreglo a este mecanismo, una conferencia de los Estados partes en la Convención se reunirá para «examinar la aplicación de la Convención para asegurarse de que se están cumpliendo los fines del preámbulo y las disposiciones de la Convención […]. En ese examen se tendrán en cuenta todas las nuevas realizaciones científicas y tecnológicas que tengan relación con la Convención» (art. XII).

[730] En el artículo VIII, párrafo 3, se establece que cinco años después de la entrada en vigor del Tratado y, si así se decide, en lo sucesivo a intervalos de cinco años, se celebrará una conferencia «a fin de examinar el funcionamiento de este Tratado para asegurarse que se están cumpliendo los fines del Preámbulo y las disposiciones del Tratado». Mediante esas decisiones, los Estados partes examinan la aplicación del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, artículo por artículo, y formulan conclusiones y recomendaciones sobre medidas de seguimiento.

[731] Un ejemplo es la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992; la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Protocolo de Kyoto), de 1997; y la Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, de 1971.

[732] A menudo se dice que en el Convenio se establece una organización internacional, pero la cuestión no es tan clara, y el Convenio atribuye a la Comisión Ballenera Internacional ciertas características que encuadran en la definición actual de Conferencia de los Estados partes.

[733] *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*).

[734] Convenio relativo a Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas: art. 6, párr. 1, sobre las competencias de examen, y art. 10 *bis* (Protocolo de enmienda de 1982, art. 1), sobre las enmiendas; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: art. 7, párr. 2, sobre las competencias de examen, y art. 15, sobre las enmiendas; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 13, párr. 4, sobre las competencias de examen de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes en el Protocolo de Kyoto, y art. 20, sobre los procedimientos de enmienda; Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, art. XI, sobre el examen de la Conferencia de las Partes, y art. XVII, sobre los procedimientos de enmienda; Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares; Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, art. 23, párr. 5 (competencias de examen), art. 28 (enmiendas) y art. 33 (protocolos).

[735] Artículos 7 y 9 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

[736] El artículo 17 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, relativo al comercio de los derechos de emisión, es un ejemplo; véase Churchill y Ulfstein (nota 726 *supra*), pág. 639; J. Brunnée, «Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements», en R. Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 110 a 115.

[737] Véase J. Brunnée, «Treaty amendments», en D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, págs. 354 a 360.

[738] Ibíd.

El término «principalmente» deja margen para las normas subsidiarias, «salvo» o «a menos» que «el tratado disponga otra cosa» (véanse, por ejemplo, los artículos 16, 20, 22, párrafo 1, 24, 70, párrafo 1, y 72, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969). La expresión «en su caso» aclara que el reglamento de la conferencia de Estados partes, cuando exista, se aplicará teniendo en cuenta que puede haber situaciones en que las conferencias lleven a cabo su labor sin haber aprobado específicamente un reglamento[739].

10) La segunda oración del párrafo 2 reconoce que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de interpretación de los tratados en el sentido de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes pueden desempeñar una función importante en la determinación del acuerdo común de las partes en cuanto al sentido del tratado.

11) Las decisiones de las conferencias de Estados partes, entre otras cosas, pueden constituir o reflejar acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, por los cuales las partes interpretan el tratado básico. Por ejemplo, la Conferencia de las Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción ha adoptado «acuerdos adicionales» sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención. Esos acuerdos han sido adoptados por los Estados partes en el marco de las conferencias de examen, por consenso, y «han abordado todos los artículos del tratado para responder a inquietudes concretas a medida que se planteaban»[740]. Mediante esos acuerdos, los Estados partes interpretan las disposiciones de la Convención definiendo, especificando o explicando de algún otro modo el sentido y alcance de las disposiciones, así como adoptando directrices sobre su aplicación. La Dependencia de Apoyo a la Aplicación de la Convención sobre las Armas Biológicas[741] define un «acuerdo adicional» como aquel que:

> *a*) interpreta, define o explica el significado o alcance de una disposición de la Convención; o
>
> *b*) da instrucciones, directrices o recomendaciones sobre cómo aplicar una disposición[742].

12) De manera análoga, la Conferencia de los Estados Partes en el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias ha aprobado resoluciones que interpretan ese instrumento. La Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI, a petición de los órganos rectores, formuló la siguiente observación con respecto a una «resolución interpretativa» de la Conferencia de los Estados Partes en el Convenio:

> Según el artículo 31, párrafo 3 *a*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados […], para los efectos de la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes. El artículo no prevé una forma específica de acuerdo ulterior en que deba figurar dicha interpretación, lo que parece indicar que, siempre que la intención sea clara, la interpretación podría asumir distintas formas, como la adopción de una resolución en una reunión de las partes, o incluso una decisión registrada en las actas resumidas de una reunión de las partes[743].

13) En esa misma línea, el Asesor Jurídico de la OMS ha manifestado en términos generales que:

> Las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes, órgano supremo que integra a todas las Partes en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, ciertamente constituyen un «acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del tratado», tal y como establece el artículo 31 de la Convención de Viena[744].

14) Los autores también han interpretado que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden constituir acuerdos ulteriores[745] y al respecto han señalado lo siguiente:

> Esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes en sí mismas, pero pueden tener relevancia desde el punto de vista jurídico, especialmente como fuente de interpretación autorizada del tratado[746].

15) En relación con la función desempeñada por la Comisión Ballenera Internacional en el marco del Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena, la Corte Internacional de Justicia señaló lo siguiente:

> El artículo VI del Convenio establece que «[l]a Comisión podrá, en su oportunidad, hacer recomendaciones a alguno o a todos los gobiernos contratantes sobre cualquier asunto que se relacione con las ballenas o su caza y con los objetivos y propósitos de este Convenio».

---

[739] Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

[740] Véase P. Millett, «The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n.º 1 (2010), pág. 33.

[741] La Dependencia de Apoyo a la Aplicación fue creada por la Conferencia de los Estados Partes para prestar apoyo administrativo a la Conferencia de Examen y promover las medidas de fomento de la confianza entre los Estados partes (véase el Documento Final de la Sexta Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.VI/6), págs. 19 y 20).

[742] Documento informativo presentado por la Dependencia de Apoyo a la Aplicación, preparado para la Séptima Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención, titulado «Entendimientos y acuerdos adicionales alcanzados en Conferencias de Examen anteriores relativos a cada artículo de la convención» (BWC/CONF.VII/INF.5) (actualizado para incluir los entendimientos y acuerdos alcanzados en esa Conferencia, Ginebra, 2012), párr. 1.

[743] Punto 4 del orden del día (Fertilización de los océanos), presentado por la secretaría de la OMI en relación con los requisitos de procedimiento relativos a una decisión sobre una resolución interpretativa: observaciones de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos (OMI, documento LC 33/J/6, párr. 3).

[744] Véase Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Órgano de Negociación Intergubernamental de un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, «Texto revisado propuesto por el Presidente para un protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco, y debate general: Asesoramiento jurídico sobre el ámbito de aplicación del protocolo», nota del Asesor Jurídico de la OMS relativa al ámbito de aplicación del protocolo sobre comercio ilícito de productos de tabaco (OMS, documento FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, anexo); S. F. Halabi, «The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n.º 1 (2010), págs. 135 y 136.

[745] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2011, pág. 83 (en relación con el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares); Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (nota 598 *supra*), págs. 213 y 214.

[746] B. M. Carnahan, «Treaty review conferences», AJIL, vol. 81, n.º 1 (enero de 1987), pág. 229.

Esas recomendaciones, que asumen la forma de resoluciones, no son vinculantes. Sin embargo, cuando se las adopta por consenso o por unanimidad de votos, pueden ser pertinentes para la interpretación del Convenio o su anexo[747].

16) Los siguientes ejemplos extraídos de la práctica de las conferencias de Estados partes apoyan la afirmación de que las decisiones adoptadas por esas conferencias pueden constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*.

17) El artículo I, párrafo 1, de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción establece que cada Estado parte se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia:

> Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos.

18) En la Tercera Conferencia de Examen (1991), los Estados partes señalaron que las prohibiciones establecidas en esa disposición se refieren a «agentes microbianos u otros agentes biológicos o toxínicos perjudiciales para las plantas y los animales, así como para el ser humano […]»[748].

19) El artículo 4, párrafo 9, del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono ha suscitado un debate sobre el significado de la expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo». De conformidad con esa disposición:

> A los efectos del presente artículo, la expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo» incluirá, por lo que respecta a cualquier sustancia controlada, a todo Estado u organización de integración económica regional que no haya convenido en aceptar como vinculantes las medidas de control vigentes en relación con dicha sustancia.

20) En el caso de los hidroclorofluorocarbonos, la Enmienda de Copenhague (1992) y la Enmienda de Beijing (1999) imponen obligaciones que suscitaron la duda de si para que un Estado «no sea Parte en este Protocolo» debe no serlo en ninguna de esas dos Enmiendas. La Conferencia de las Partes decidió que:

> La expresión «Estado que no sea Parte en este Protocolo» incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing[749].

21) Si bien los actos que son consecuencia de un procedimiento de aceptación tácita (véase el párrafo 8 *supra*) no constituyen, como tales, acuerdos ulteriores de las partes en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, pueden, en ciertas circunstancias y además de surtir el efecto primario establecido en el tratado, implicar la celebración de dicho acuerdo ulterior. Un ejemplo de ello son algunas de las decisiones de las Conferencias de las Partes del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972 (Convenio de Londres sobre Vertimiento). En su 16.ª reunión, celebrada en 1993, la Reunión Consultiva de las Partes Contratantes aprobó tres enmiendas al anexo I mediante el procedimiento de aceptación tácita previsto en el Convenio[750]. En sí mismas, esas enmiendas no constituyen acuerdos ulteriores. Sin embargo, también implican una amplia variedad de interpretaciones del tratado al que se refieren[751]. La enmienda hace referencia a una resolución que fue aprobada por la Reunión Consultiva celebrada tres años antes y en la que se había determinado que las partes estaban de acuerdo en que «el Convenio de Londres sobre Vertimiento es el órgano adecuado para ocuparse de la cuestión de la evacuación de desechos radiactivos de baja actividad en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar»[752] y se basa en esa resolución. Se ha señalado que la resolución «amplía efectivamente la definición de "vertimiento" del Convenio al establecer que el término abarca la evacuación de desechos en depósitos situados en el subsuelo marino con acceso desde el mar, aunque no por tierra mediante la excavación de túneles»[753]. Por lo tanto, la enmienda confirmó que la resolución interpretativa constituía un acuerdo ulterior sobre la interpretación del tratado.

---

[747] *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*), párr. 46.

[748] Documento Final de la Tercera Conferencia de las Partes encargada del examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (BWC/CONF.III/23), parte II, Declaración Final, pág. 11.

[749] Decisión XV/3 relativa a las obligaciones de las partes en la Enmienda de Beijing dimanantes del artículo 4 del Protocolo de Montreal en relación con los hidroclorofluorocarbonos; la propia definición se ha formulado de la siguiente manera: «1. […] *a*) La expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo" que figura en el párrafo 9 del artículo 4 no se aplicará a los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo hasta el 1 de enero de 2016, fecha en que, con arreglo a lo dispuesto en las Enmiendas de Copenhague y de Beijing, entrarán en vigor las medidas de control de la producción y el consumo de hidroclorofluorocarbonos para los Estados que operan al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo; *b*) La expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo" incluirá a todos los demás Estados y organizaciones de integración económica regional que no hayan convenido en aceptar como vinculantes las Enmiendas de Copenhague y Beijing; *c*) Reconociendo, sin embargo, las dificultades prácticas que plantean las fechas fijadas para adoptar la interpretación expuesta más arriba de la expresión "Estado que no sea Parte en este Protocolo", se aplicará lo dispuesto en el inciso *b* del párrafo 1 a menos que, antes del 31 de marzo de 2004, ese Estado: i) Haya notificado a la Secretaría su intención de ratificar o aceptar la Enmienda de Beijing, o de adherirse a ella, lo antes posible; ii) Haya certificado que cumple cabalmente lo dispuesto en los artículos 2, 2A a 2G y 4 del Protocolo en su forma modificada por la Enmienda de Copenhague; iii) Haya presentado a la Secretaría datos en relación con lo expuesto en los apartados i) y ii) *supra*, que deberán actualizarse el 31 de marzo de 2005, en cuyo caso ese Estado quedará fuera de la definición "Estado que no sea Parte en este Protocolo" hasta la conclusión de la 17.ª Reunión de las Partes» (UNEP/OzL.Pro.15/9, cap. XVIII.A).

[750] Véanse las resoluciones LC.49 (16), LC.50 (16) y LC.51 (16), de 12 de noviembre de 1993, aprobadas en la 16.ª Reunión Consultiva de las Partes Contratantes, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1775, pág. 395. En primer lugar, la Reunión decidió enmendar la eliminación gradual del vertimiento de desechos industriales a más tardar el 31 de diciembre de 1995. En segundo lugar, prohibió la incineración en el mar de desechos industriales y lodos de aguas residuales. Por último, decidió sustituir el párráfo 6 del anexo I y prohibir el vertimiento de desechos radiactivos u otras materias radiactivas; véase también «Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972», *Focus on IMO* (OMI, julio de 1997).

[751] Se ha sostenido que estas enmiendas al anexo I del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias «constituyen cambios fundamentales al Convenio» (Churchill y Ulfstein, nota 726 *supra*, pág. 638).

[752] OMI, resolución LDC.41 (13), párr. 1 (OMI, documento LDC 13/15 (1990), anexo 7).

[753] Churchill y Ulfstein (nota 726 *supra*), pág. 641.

22) El artículo 17, párrafo 5, del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación establece que «[l]as enmiendas […] entrarán en vigor, respecto de las Partes que las hayan aceptado, el nonagésimo día después de la fecha en que el Depositario haya recibido el instrumento de su ratificación, aprobación, confirmación formal o aceptación por tres cuartos, como mínimo, de las Partes que las hayan aceptado […]». De resultas de una iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza, la Conferencia de las Partes decidió aclarar el requisito de la aceptación por tres cuartos de las partes y convino en que

> sin perjuicio de otros acuerdos ambientales multilaterales, el párrafo 5 del artículo 17 del Convenio de Basilea se interprete en el sentido de que, para que la enmienda entre en vigor, deben aceptarla tres cuartos de los países que eran Partes en el momento de su aprobación y hace notar que esta interpretación del párrafo 5 del artículo 17 no obliga a ninguna Parte a ratificar la Enmienda sobre la prohibición[754].

Las partes adoptaron esa decisión sobre la interpretación del artículo 17, párrafo 5, por consenso, y muchos Estados partes destacaron que la conferencia de las partes en cualquier convenio era «la autoridad máxima en cuanto a su interpretación»[755]. Aunque de ello parece desprenderse que la decisión constituye un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, la decisión se tomó tras debatir si era necesaria una enmienda formal al Convenio para alcanzar ese resultado[756]. Cabe señalar también que el representante del Japón, pidiendo que sus palabras se reflejaran en el informe de la Conferencia, dijo que su delegación «respaldaba el criterio del "momento actual" adoptado para interpretar las disposiciones del Convenio relativas a la entrada en vigor de las enmiendas, que se describían en la opinión jurídica proporcionada por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas como Depositario[757], y había aceptado el criterio del "momento actual" enunciado en la decisión sobre la iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza *solo en este caso en particular**»[758].

23) Los ejemplos anteriores demuestran que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden, en ciertas circunstancias, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, u originar una práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, o una práctica ulterior en el sentido del artículo 32, si no reflejan el acuerdo de las partes. No obstante, el correspondiente carácter de una decisión de una conferencia de Estados partes siempre debe determinarse cuidadosamente. A tal fin, es preciso tener en cuenta la especificidad y la claridad de los términos elegidos a la luz del texto de la decisión de la conferencia de Estados partes en su conjunto, su objeto y finalidad y la forma en que se aplica. A menudo, las partes no tienen la intención de que tal decisión tenga particular trascendencia.

24) La última oración del párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 recuerda al intérprete que las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados partes a menudo ofrecen una diversidad de opciones prácticas para la aplicación del tratado, que no constituyen necesariamente un acuerdo ulterior o una práctica ulterior a los efectos de la interpretación del tratado. De hecho, las conferencias de Estados partes con frecuencia no tratan de resolver o abordar explícitamente cuestiones relacionadas con la interpretación de un tratado.

25) A título de ejemplo, cabe referirse a una decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Los artículos 9 y 10 del Convenio se centran en la reglamentación del contenido de los productos de tabaco y la reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco, respectivamente. Habida cuenta de que esas medidas requieren cuantiosos recursos financieros, en la sección dedicada a las «Consideraciones de orden práctico» en relación con la aplicación de los artículos 9 y 10, los Estados partes acordaron «algunas opciones que las Partes, si lo juzgaran oportuno, podrían utilizar», a saber:

> *a*) impuestos sobre el tabaco para fines específicos;
>
> *b*) derechos por expedición de licencias de fabricación y/o importación de tabaco;
>
> *c*) derechos por registro de productos de tabaco;
>
> *d*) expedición de licencias a los distribuidores y/o minoristas de tabaco;
>
> *e*) sanciones por incumplimiento impuestas a la industria tabacalera y a los minoristas de tabaco; y
>
> *f*) derechos anuales para las actividades de vigilancia del tabaco (industria tabacalera y minoristas)[759].

Esa decisión contiene una enumeración no exhaustiva de opciones prácticas para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio. Ahora bien, las partes acordaron implícitamente de ese modo que las «opciones» enumeradas serían, en general, compatibles con el Convenio.

26) De lo anterior se desprende que las decisiones de las conferencias de Estados partes pueden producir distintos efectos jurídicos. A menudo esas decisiones no pretenden

---

[754] BC-10/3: Iniciativa patrocinada por Indonesia y Suiza para mejorar la eficacia del Convenio de Basilea, Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación sobre la labor de su décima reunión (Cartagena (Colombia), 17 a 21 de octubre de 2011), UNEP/CHW.10/28, pág. 33.

[755] Ibíd., pág. 10, párr. 65.

[756] G. Handl, «International "lawmaking" by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies», en Wolfrum y Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (nota 736 *supra*), págs. 127 y ss., en especial pág. 132.

[757] De conformidad con el «criterio del momento actual» empleado por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, cuando un tratado no especifica nada o no es claro al respecto, «[l]a práctica del Secretario General es calcular el número de aceptaciones teniendo en cuenta el número de partes en el tratado en el momento en que se depositó cada instrumento de aceptación de una enmienda». Véanse los fragmentos extraídos del memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos de fecha 8 de marzo de 2004, disponibles en inglés en www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/ Background/tabid/2760/Default.aspx.

[758] Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea, UNEP/CHW.10/28 (véase la nota 754 *supra*), pág. 10, párr. 68.

[759] FCTC/COP4(10): Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (reglamentación del contenido de los productos de tabaco y de la divulgación de información sobre los productos de tabaco), anexo, aprobadas en la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Punta del Este (Uruguay), 15 a 20 de noviembre de 2010), FCTC/COP/4/DIV/6, pág. 54, directriz 2.3.

ser en sí mismas un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, porque su objeto no es constituir una declaración acerca de la interpretación del tratado. En otros casos las partes dejan suficientemente en claro que la decisión de la conferencia de Estados partes refleja el acuerdo al que han llegado acerca de la interpretación del tratado, y en otros las decisiones pueden producir efectos jurídicos juntamente con una obligación general de cooperar con arreglo al tratado, lo que obliga a las partes a «tener debidamente en cuenta» dicha decisión[760]. En cualquier caso, no puede afirmarse simplemente que porque un tratado no reconozca a la conferencia de Estados partes competencia para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, sus decisiones sean necesariamente irrelevantes desde el punto de vista jurídico y constituyan solamente compromisos políticos[761].

27) En último término, el efecto de las decisiones de las conferencias de Estados partes depende de las circunstancias concretas de cada caso en particular y esas decisiones deben interpretarse adecuadamente. Un elemento importante puede ser si los Estados partes aplican uniformemente o sin cuestionamientos el tratado tal como ha sido interpretado por la decisión de la conferencia de Estados partes. La práctica discordante tras la adopción de una decisión por la conferencia de Estados partes puede ser indicio de que los Estados no asumen que la decisión constituya un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* (véase *supra* el comentario al proyecto de conclusión 9, párrs. 22 y 23). Las decisiones de la conferencia de Estados partes que no pueden ser consideradas acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, ni práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*, pueden, sin embargo, constituir un medio de interpretación subsidiario de conformidad con el artículo 32[762].

28) El párrafo 3 establece el principio de que los acuerdos acerca de la interpretación de un tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3, deben referirse al contenido de dicho tratado. Así pues, lo importante es el fondo del acuerdo expresado en la decisión de la conferencia de Estados partes, y no la forma o el procedimiento por el que se alcanza esa decisión. Los actos que se originan en las conferencias de Estados partes pueden tener distintas formas y designaciones y ser el producto de procedimientos distintos. Las conferencias de Estados partes pueden incluso llevar a cabo su labor sin un reglamento aprobado formalmente[763]. Si la decisión de la conferencia de los Estados partes se basa en una votación unánime en la que participan todas las partes, es evidente que puede constituir un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, siempre que esa decisión sea «acerca de la interpretación del tratado».

29) Sin embargo, las decisiones de las conferencias de Estados partes sobre las funciones de examen y aplicación suelen adoptarse por consenso. Esta práctica se deriva de los reglamentos que normalmente exigen que los Estados partes hagan todo lo posible para lograr un consenso en lo que respecta a las cuestiones sustantivas. Un ejemplo temprano de ello puede encontrarse en el Reglamento de la Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción. De conformidad con el artículo 28, párrafo 2, del Reglamento:

> Como la tarea de la Conferencia encargada del examen de la Convención es examinar el funcionamiento de la Convención con miras a asegurar que se realicen los propósitos del preámbulo y las disposiciones de la Convención, para reforzar así la eficacia de esta, debería hacerse todo lo posible por llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de fondo por consenso. No debería haber votaciones sobre esas cuestiones hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos por lograr un consenso[764].

Esta fórmula, con algunas variaciones menores, ha pasado a ser la norma en los procedimientos de toma de decisiones sustantivas de las conferencias de Estados partes.

30) A fin de disipar cualquier preocupación acerca de las decisiones adoptadas por consenso, se añadió la expresión «incluido el consenso» al final del párrafo 3 para descartar la idea de que cualquier decisión adoptada por consenso equivaldría necesariamente a un acuerdo sustantivo. De hecho, el consenso no es un concepto que necesariamente indique que existe algún grado de acuerdo sobre el fondo de la cuestión. Según los comentarios sobre algunas cuestiones de procedimiento publicados por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 60/286 de la Asamblea General de las Naciones Unidas[765]:

> Generalmente se entiende por consenso un proceso de toma de decisiones consistente en llegar a una decisión sin que se formulen objeciones formales y sin someter la cuestión a votación. Sin embargo, el consenso no refleja necesariamente «unanimidad» de opinión respecto de la cuestión de fondo. El término se usa para describir la práctica que

---

[760] *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*), párrs. 83 y 137.

[761] Ibíd., párr. 46.

[762] Ibíd. (voto particular concurrente de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, párr. 4: «Observo que las resoluciones aprobadas en una votación de la Comisión Ballenera Internacional tienen algunas consecuencias, aunque no encajen dentro del ámbito de aplicación del artículo 31.3 de la Convención de Viena»).

[763] La Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aplica provisionalmente el proyecto de reglamento que figura en el documento FCCC/CP/1996/2, con excepción del proyecto de artículo 42 (Votaciones), ya que hasta el momento no se ha alcanzado un acuerdo respecto de las dos alternativas de votación posibles planteadas, véanse Informe de la Conferencia de las Partes sobre su primer período de sesiones, celebrado en Berlin del 28 de marzo al 7 de abril de 1995 (FCCC/CP/1995/7), pág. 8, párr. 10, e Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 19.º período de sesiones, celebrado en Varsovia del 11 al 23 de noviembre de 2013 (FCCC/CP/2013/10), págs. 6 y 7, párr. 4; de manera análoga, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica tampoco aprobó el artículo 40, párrafo 1, del reglamento, relativo a las votaciones, «debido a la falta de consenso entre las Partes respecto a la mayoría requerida para adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo», Informe de la 11.ª reunión de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (8 a 19 de octubre de 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), pág. 24, párr. 65.

[764] Reglamento provisional de la Conferencia de las Partes encargada del Examen de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, celebrada en Ginebra del 3 al 21 de marzo de 1980 (BWC/CONF.I/2), pág. 8.

[765] Véase la resolución 60/286 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2006, sobre la revitalización de la Asamblea General, en que se pide a la Secretaría de las Naciones Unidas «que ponga a disposición del público los precedentes y la práctica previa sobre los reglamentos y las prácticas de los órganos intergubernamentales de la Organización» (anexo, párr. 24).

consiste en hacer todo lo posible por llegar a un consenso general sin que ninguna delegación objete expresamente a que se registre dicho consenso[766].

31) De ello se desprende que la adopción por consenso no es una condición suficiente para un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Los reglamentos de las conferencias de Estados partes por lo general no proporcionan ninguna indicación acerca de los posibles efectos jurídicos que pueda tener una resolución en cuanto acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o práctica ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *b*. Esos reglamentos solo determinan la forma en que las conferencias de Estados partes adoptan sus decisiones, no sus posibles efectos jurídicos como acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. Aunque los acuerdos ulteriores a que se refiere el artículo 31, párrafo 3 *a*, no son necesariamente vinculantes en sí mismos, la Convención de Viena solo les atribuye efectos jurídicos en virtud del artículo 31 si existe un acuerdo sustantivo entre las partes acerca de la interpretación de un tratado. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado que la distinción entre la forma de una decisión colectiva y el acuerdo sobre el fondo es relevante en ese contexto[767].

32) Que algunas decisiones, pese a haberse declarado adoptadas por consenso, no pueden constituir un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, es especialmente cierto cuando uno o varios Estados se han opuesto a ese consenso.

33) Por ejemplo, en su Sexta Reunión, celebrada en 2002, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica trabajó en la formulación de los Principios de orientación para la prevención, introducción y mitigación de impactos de especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies[768]. Tras varios intentos fallidos por llegar a un acuerdo, la Presidenta de la Conferencia de las Partes propuso que se adoptara la decisión y que se dejara constancia en el informe final de la reunión de las reservas que Australia había planteado. Sin embargo, el representante de Australia reiteró que «no podía aceptar los principios de orientación» y «su objeción explícita se mantuvo»[769]. La Presidenta declaró cerrado el debate y dijo que, «siguiendo la práctica establecida», quedaba aprobada la decisión sin someterla a votación, pero aclaró que las objeciones de las partes discrepantes se reflejarían en el informe final de la reunión. Tras la adopción de la decisión, Australia reiteró su parecer de que «el consenso era adopción sin objeción explícita» y expresó sus «preocupaciones respecto de la legalidad del procedimiento de aprobación del proyecto de decisión». De resultas de todo ello, se añadió una nota a pie de página a la decisión VI/23 en la que se indica que «[d]urante el proceso de adopción de esta decisión, un representante formuló una objeción explícita y recalcó que estimaba que la Conferencia de las Partes no podía aprobar legítimamente una moción o texto existiendo una objeción explícita»[770].

34) Ante esta situación, el Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica solicitó una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas[771], quien respondió[772] que una parte podía «disociarse del fondo o del texto del documento, indicar que el haberse llegado a un consenso no constituye aceptación del fondo ni del texto ni de partes del documento y/o presentar ninguna otra restricción respecto de la posición de su gobierno sobre el fondo o el texto del documento»[773]. Así pues, queda claro que se puede adoptar una decisión por consenso pese al desacuerdo de uno o varios Estados partes respecto del fondo de la decisión.

35) La decisión relacionada con el Convenio sobre la Diversidad Biológica y una decisión similar adoptada en Cancún en 2010 por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (a pesar de la objeción de Bolivia)[774] plantearon la importante cuestión de qué hay que entender por «consenso»[775]. Sin embargo, esa pregunta, que no encaja dentro de los límites del presente tema, debe distinguirse de la cuestión de si todas las partes en un tratado han llegado a un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación de ese tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a* y *b*. Las decisiones de las conferencias de Estados partes que no reflejan un acuerdo sustantivo entre todas las partes no pueden considerarse acuerdos en el sentido del artículo 31, párrafo 3, pero pueden ser «otra práctica ulterior» a que se refiere el artículo 32 (véase el proyecto de conclusión 4, párr. 3)[776].

36) Una cuestión diferente es la de los efectos jurídicos de la decisión de una conferencia de Estados partes que constituye un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3. En 2011 se pidió a la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI que «asesor[ara] a los órganos rectores […] sobre las prescripciones de procedimiento en relación con de una decisión sobre una resolución interpretativa y, en particular, si se recesita o no el consenso para tal decisión»[777]. En su respuesta, la Subdivisión de

---

[766] Comentarios sobre algunas cuestiones de procedimiento: «Consensus in UN practice General», documento preparado por la Secretaría, que puede consultarse en: www.un.org/es/ga/about/ropga (http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf); véase también R. Wolfrum y J. Pichon, «Consensus», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición online: http://opil.ouplaw.com/home/epil), párrs. 3 y 4, y 24.

[767] *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*), párr. 83.

[768] Informe de la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (UNEP/CBD/COP/6/20), anexo I: decisión VI/23.

[769] Ibíd., párr. 313.

[770] Ibíd., párrs. 316, 318 y 321; el debate figura en los párrs. 294 a 324. Todas las decisiones de la Conferencia de las Partes están disponibles en línea en: www.cbd.int/decisions/.

[771] La solicitud puede consultarse en la secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, documento SCBD/SEL/DBO/30219 (6 de junio de 2002).

[772] Carta de fecha 17 de junio de 2002, enviada por fax.

[773] Ibíd.

[774] Véase la decisión 1/CMP.6 sobre los Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre los nuevos compromisos de las Partes del anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto en su 15.º período de sesiones; y la decisión 2/CMP.6 sobre los Acuerdos de Cancún: uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, adoptada por la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); y las deliberaciones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12), párr. 29.

[775] Véase Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time» (nota 673 *supra*), págs. 372 a 377.

[776] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 31.

[777] OMI, documento LC 33/4, párr. 4.15.2.

Asuntos Jurídicos de la OMI, si bien confirmó que una resolución de la Conferencia de los Estados partes puede, en principio, constituir un acuerdo ulterior con arreglo al artículo 31, párrafo 3 *a*, aconsejó a los órganos rectores que incluso si la Conferencia adoptara una decisión por consenso, ello no significaría que la decisión sería vinculante para todas las partes[778].

37) Aun cuando parte del presupuesto erróneo de que un «acuerdo ulterior» en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, solo sería vinculante «como un tratado o una enmienda a un tratado»[779], la opinión de la Subdivisión de Asuntos Jurídicos de la OMI llega a la conclusión correcta de que, aunque la decisión adoptada por consenso por una conferencia de Estados partes constituya un acuerdo sustantivo acerca de la interpretación, no es (necesariamente) vinculante para las partes (véase *supra* el comentario al proyecto de conclusión 9, párrs. 9 a 11). Más bien, como ha señalado la Comisión, un acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, es solo uno de los distintos medios de interpretación que deberán tomarse en cuenta en el proceso de interpretación[780].

38) Así pues, las resoluciones interpretativas de las conferencias de Estados partes que se adoptan por consenso, incluso si no son vinculantes por sí mismas, pueden, no obstante, constituir acuerdos ulteriores en el sentido del artículo 31, párrafo 3 *a*, o una práctica ulterior conforme al artículo 31, párrafo 3 *b*, si hay indicios suficientes para suponer que esa fue la intención de las partes cuando adoptaron la decisión, o si, por la práctica ulterior de las partes, consta la existencia de un acuerdo acerca de la interpretación del tratado[781]. El intérprete debe atribuir el peso que corresponda a una resolución interpretativa de esa índole conforme al artículo 31, párrafo 3 *a*, pero no considerarla por necesidad jurídicamente vinculante[782].

---

[778] OMI, documento LC 33/J/6 (véase la nota 743 *supra*), párr. 3.

[779] Ibíd., párr. 8.

[780] Comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 4 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 25).

[781] *Whaling in the Antarctic* (véase la nota 548 *supra*) (voto particular concurrente del Magistrado Greenwood, párr. 6, y voto particular concurrente de la Magistrada *ad hoc* Charlesworth, párr. 4).

[782] Comentario al proyecto de conclusión 2, párr. 4 (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), cap. IV, pág. 25).

Capítulo VIII

PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA

A. Introducción

77. En su 63.º período de sesiones (2011), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo[783] el tema «Protección de la atmósfera», conforme a la propuesta que figuraba en el anexo II del informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho período de sesiones[784]. En el párrafo 7 de su resolución 66/98, de 9 de diciembre de 2011, la Asamblea General tomó nota de la inclusión de este tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

78. En su 3197.ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Protección de la atmósfera», junto con un entendimiento[785], y nombrar Relator Especial al Sr. Shinya Murase.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

79. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3209.ª a 3214.ª, celebradas los días 22, 23, 27, 28 y 30 de mayo y 3 de junio de 2014.

1. Presentación por el Relator Especial de su primer informe

80. El primer informe tenía por objeto examinar el objetivo general del proyecto y, entre otras cosas, determinar la justificación de los trabajos sobre el tema, delimitar su ámbito general, identificar los conceptos básicos pertinentes y ofrecer perspectivas y enfoques que debían adoptarse en relación con el tema. A este respecto, en el informe se ofrecía un panorama general de la evolución del derecho internacional sobre la protección de la atmósfera, se examinaban las fuentes de derecho pertinentes, como el derecho internacional consuetudinario, la práctica convencional y la jurisprudencia, y se analizaban los aspectos definitorios del tema, los elementos que permitían delimitar su alcance y la cuestión de la condición jurídica de la atmósfera, al tiempo que se proponían proyectos de directrices al respecto.

81. Al presentar el informe, el Relator Especial, recordando los antecedentes de la inclusión del tema en el programa de la Comisión, así como los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General, destacó que se tomaba en serio las críticas a la viabilidad del tema, habida cuenta de su carácter sumamente técnico y de que las normas del derecho en esa esfera se basaban en tratados. El Relator trataría, junto con la Comisión, de consultar a los expertos en la materia para recabar su asesoramiento científico y técnico puesto que, para abordar de manera efectiva la protección de la atmósfera, era esencial comprender los aspectos científicos y técnicos de la degradación atmosférica. Subrayó además que el informe se había elaborado en plena conformidad con el entendimiento de 2013 y aseguró a la Comisión, en particular, que en ningún momento había tenido intención de interferir con las negociaciones políticas relevantes ni de ocuparse de las sustancias contaminantes específicas. Al mismo tiempo señaló que, como se trataba de un entendimiento «sin perjuicio», nada impedía a la Comisión referirse a determinadas cuestiones mencionadas en el apartado *a* del entendimiento en el estudio del tema. La tarea principal de la Comisión consistía en determinar las normas consuetudinarias, establecidas o de nueva aparición sobre el tema e identificar, más que llenar, cualquier laguna de los regímenes convencionales vigentes, además de tratar de estudiar posibles mecanismos de cooperación internacional.

82. Recordando que el estado de deterioro de la atmósfera había hecho que su protección fuera una preocupación acuciante para la comunidad internacional, el Relator Especial señaló que el tema proporcionaba a la Comisión la oportunidad de abordar cuestiones pertenecientes a regímenes especiales desde la perspectiva del derecho internacional general, una responsabilidad funcional que la Comisión estaba en perfectas condiciones de asumir. A su juicio, había numerosas pruebas de práctica de los Estados, incluidos tratados, precedentes judiciales y otros documentos normativos, que permitirían a la Comisión abordar el tema esencialmente como una cuestión jurídica más que política. El Relator Especial también hizo una reseña histórica del desarrollo del derecho internacional relativo a la atmósfera desde el siglo VI, pasando por el siglo XVIII, cuando comienza su historia moderna, hasta

---

[783] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367.

[784] Ibíd., págs. 209 a 218.

[785] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 168: «La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo en el entendimiento de que: *a*) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de "quien contamina, paga", el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual; *b*) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de "llenar" lagunas en los regímenes convencionales; *c*) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formen parte del tema; *d*) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos. Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento».

el *locus classicus* relativo a la contaminación atmosférica transfronteriza del laudo de 1941 en el caso *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[786], que culminó en el establecimiento del derecho internacional ambiental como campo especializado de estudio en los años posteriores, por ejemplo en los años setenta con la aprobación de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[787]. Propugnó que se realizara un estudio detallado y crítico del tema basado en las diversas fuentes del derecho internacional sobre la cuestión.

83. El Relator Especial destacó que los problemas actuales relacionados con la atmósfera se planteaban en tres ámbitos, a saber: *a*) la contaminación troposférica transfronteriza; *b*) el agotamiento del ozono estratosférico; y *c*) el cambio climático; y señaló a ese respecto que ningún régimen convencional regulaba todos los ámbitos de los problemas atmosféricos ni trataba la atmósfera como una unidad singular global, aunque se habían iniciado actividades de elaboración de tratados con respecto a cada uno de esos ámbitos.

84. El Relator Especial ofreció información pertinente sobre las características físicas de la atmósfera, que sirve de base para la definición de «atmósfera» a los efectos del proyecto de directrices; un esbozo general de los diversos elementos que componen el ámbito de aplicación del proyecto, con miras a determinar las principales cuestiones jurídicas que se han de examinar; y un análisis de la cuestión de la condición jurídica de la atmósfera que, en su opinión, constituye un requisito previo para el examen del tema por la Comisión. En particular, el Relator Especial se mostró partidario de aplicar el concepto de «preocupación común de la humanidad» para calificar la condición jurídica de la atmósfera en lugar del concepto de *res communis* o de patrimonio común de la humanidad. En este contexto, presentó también tres proyectos de directriz, de carácter general, propuestos en su primer informe, sobre: *a*) la definición del término «atmósfera», que abarca el aspecto sustantivo, como capa de gases, y el funcional, como medio en el que se producen el transporte y la dispersión de sustancias transportadas por el aire[788]; *b*) el ámbito de aplicación del proyecto de directrices[789], que abarca el tratamiento de la degradación atmosférica causada por las actividades antropógenas que entrañen la introducción de sustancias nocivas o energía en la atmósfera o la alteración de su composición, con objeto de proteger el entorno natural y humano, y establecer vínculos entre la atmósfera y otras esferas como el mar, la biodiversidad (silvicultura, desertificación y humedales) y otros aspectos de la actividad humana y el derecho que regula esas actividades; y *c*) la condición jurídica de la atmósfera[790], que presenta la atmósfera como recurso natural, distinguiéndola del «espacio aéreo», cuya condición jurídica no se prejuzga, y plantea la idea de que la protección de la atmósfera es una preocupación común de la humanidad.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

85. Los miembros de la Comisión reconocieron que la protección de la atmósfera era sumamente importante para la humanidad, al tiempo que se hacían eco de los problemas, fundamentados en datos científicos, que constituían para la atmósfera, en particular, la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático. Se afirmó que el tema, complejo desde el punto de vista jurídico, político, técnico y científico, se refería a una cuestión real y apremiante con efectos adversos visibles en la vida cotidiana de las personas, como, por ejemplo, los desastres naturales, que causaban estragos en muchas partes del mundo, y la contaminación, causante de la muerte prematura de muchas personas y de importantes problemas de salud. Al mismo tiempo, los miembros eran perfectamente conscientes de las dificultades insalvables que se planteaban en relación con el tema y que surgían en los debates entre los Estados y reconocieron que, para la Comisión, el reto era la función que ella podía desempeñar para contribuir de manera adecuada a las iniciativas generales de nivel mundial para proteger el medio ambiente.

86. Para algunos miembros era esencial, más aún teniendo en cuenta los antecedentes de la inclusión del tema en el programa de la Comisión y la diversidad de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión en 2012 y 2013, que la Comisión adoptase un enfoque más reflexivo y prudente. En ese sentido, se debatió en detalle el entendimiento de 2013 y lo que implicaba para la labor de la Comisión. En opinión de algunos miembros el entendimiento debía tomarse en serio, gustara o no su contenido. Era indispensable para iniciar la labor sobre el tema. Lo que es más, algunos miembros se mostraron preocupados por que, al elaborar y presentar su informe, el Relator Especial no se había ajustado plenamente a los términos del entendimiento; y otros consideraron inquietante que pareciera restarle importancia al tratar de eludir sus claros

[786] *Trail Smelter*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

[787] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I, pág. 3.

[788] El texto del proyecto de directriz 1 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«*Términos empleados*

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) se entiende por "atmósfera" la capa de gases que circunda la Tierra en la troposfera y la estratosfera, en la que se producen el transporte y la dispersión de sustancias transportadas por el aire.»

[789] El texto del proyecto de directriz 2 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«*Ámbito de aplicación de las directrices*

a) El presente proyecto de directrices se refiere a las actividades humanas que directa o indirectamente introduzcan sustancias nocivas o energía en la atmósfera o que alteren la composición de la atmósfera y que tengan o probablemente puedan tener efectos adversos sensibles para la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

b) El presente proyecto de directrices versará sobre los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera, así como sobre su interrelación.»

[790] El texto del proyecto de directriz 3 propuesto por el Relator Especial dice lo siguiente:

«*Condición jurídica de la atmósfera*

a) La atmósfera es un recurso natural esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres; por lo tanto, su protección es una preocupación común de la humanidad;

b) nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices tiene por finalidad afectar a la condición jurídica del espacio aéreo reconocida en el derecho internacional aplicable.»

términos o de orientar el proyecto en una dirección que no sería fiel a la letra ni al espíritu del entendimiento. En particular, se señaló que la conclusión implícita de que se elaborarían nuevas normas o se llenarían los vacíos del derecho iba en contra del entendimiento. Además, se expresó preocupación por el hecho de que la propuesta del Relator Especial de centrar la atención en la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático pudiera interferir con las negociaciones políticas sobre esas cuestiones.

87. Según otra opinión, al aprobar el entendimiento de 2013, la Comisión había colocado al Relator Especial en una posición insostenible, ya que todo posible progreso en relación con el tema fuera de los parámetros que figuraban en el entendimiento dependía de que se le diera una interpretación estricta o flexible. También se señaló que el entendimiento planteaba un problema fundamental: el Relator Especial se enfrentaba al dilema de que casi toda la práctica convencional en la que se basaba el informe probablemente podía incluirse en los temas que, según el entendimiento, no debían abordarse. Algunos miembros consideraban que el entendimiento era algo inusual que sentaba un mal precedente para la Comisión. Por consiguiente, se propuso que la Comisión lo reconsiderara o acordara un enfoque flexible con respecto a su aplicación.

88. Algunos miembros dijeron que el entendimiento era suficientemente flexible para que el Relator Especial se fijara el modesto objetivo de identificar los principios generales del derecho internacional ambiental existentes, basados en el derecho consuetudinario o en principios generales del derecho, y declarara su aplicabilidad a la protección de la atmósfera.

89. Varios miembros, que consideraban que dicha tarea no era inalcanzable, destacaron el carácter colegiado y colectivo de la labor de la Comisión y subrayaron la importancia de adoptar un enfoque moderado y sensato, como proponía el Relator Especial, si bien dejándole cierto margen de maniobra, teniendo presentes los términos del entendimiento. Era preciso reconocer que las decisiones más importantes sobre la protección de la atmósfera debían adoptarse a nivel político, y no podía esperarse que, en sus trabajos, la Comisión prescribiera o sustituyera esas decisiones y medidas políticas concretas.

90. A pesar de que el Relator Especial había indicado en su informe que abrigaba la esperanza de examinar, en los dos años restantes del actual quinquenio (2015 y 2016), las cuestiones relativas a los principios básicos para la protección de la atmósfera, incluidas las obligaciones generales de los Estados de proteger la atmósfera, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* y los principios de equidad, desarrollo sostenible y buena fe y, en el quinquenio siguiente (2017-2021), concluir el examen de otros asuntos conexos, como la cooperación internacional, el cumplimiento de las normas internacionales, la solución de controversias y las interrelaciones, algunos miembros manifestaron su preocupación por que no se vislumbrara aún un panorama claro, ya que la información presentada no era suficiente para dar una idea de la orientación y dirección generales del tema. Algunos miembros pidieron un plan de actuación o de trabajo que estableciera el objetivo general del proyecto e identificara los principales problemas, incluidos los principios básicos que debían o podían ser pertinentes y su aplicación, y que planteara las cuestiones que la Comisión debía abordar con carácter prioritario. Se propuso que dicho plan de actuación detallara también en qué modo la labor de la Comisión se diferenciaría de trabajos similares realizados, como los de la Asociación de Derecho Internacional sobre los principios jurídicos relacionados con el cambio climático.

91. Algunos miembros también expresaron su opinión sobre sus diferencias respecto de los enfoques metodológicos adoptados por el Relator Especial en el tratamiento del tema. En lugar de centrarse en la atmósfera como unidad singular global y su protección, que era el enfoque que parecía propugnar el Relator Especial en su informe, se propuso prestar atención a la forma de regular las actividades de los agentes estatales y no estatales que directa o indirectamente afectaran a la atmósfera. Ese enfoque alternativo, que no se centraría en la atmósfera *per se*, sino en los «derechos y obligaciones» de los Estados y de agentes no estatales en esa esfera, se consideraba la mejor garantía de protección y conservación de la atmósfera y era más coherente con la práctica de los Estados y las realidades prácticas. Por analogía con el derecho del mar, en virtud del cual el mar se divide en zonas según el grado de ejercicio de soberanía o control por el Estado ribereño, se sugirió que se considerara la posibilidad de dividir la atmósfera en partes sujetas y no sujetas a la soberanía o el control del Estado. Por otra parte, el enfoque adoptado por el Relator Especial contaba con cierto respaldo, puesto que otros miembros entendían que, ante la amenaza que pesaba sobre la atmósfera, la mejor forma de protegerla en beneficio de la humanidad era tratarla como una única unidad.

92. También planteaban una inquietud metodológica el trato que el Relator Especial daba a las diversas fuentes que consideraba pertinentes para el examen del tema y el uso que hacían de ellas. Se señaló que, en ocasiones, el Relator Especial mostraba una fe casi absoluta en las opiniones de actores no gubernamentales y especialistas sin hacer referencia a la práctica de los Estados y, cuando invocaba dicha práctica, no hacía un análisis claro de los instrumentos no vinculantes como fuente para determinar la *opinio juris*. Algunos miembros tampoco veían clara la relación del catálogo de práctica convencional y jurisprudencia citado en el informe con el tema ni su vinculación con las cuestiones que el Relator Especial deseaba abordar. Además, en algunos casos daba la sensación de que en el informe se consideraban apropiadas preferencias normativas que no tenían ningún fundamento jurídico sólido ni reunían los estrictos requisitos necesarios para ser consideradas normas de derecho.

93. Los miembros también expresaron su apoyo a la posibilidad de consultar a expertos técnicos y científicos en el desarrollo del tema.

b) *Observaciones sobre el proyecto de directriz 1 (Términos empleados)*

94. Varios miembros convinieron con el Relator Especial en la necesidad de una definición a los efectos del proyecto de directrices, que en ese caso se correspondería con la definición científica de la atmósfera. Se señaló

que dicha definición facilitaría la labor de la Comisión. Teniendo en cuenta la naturaleza científica del tema, algunos miembros sugirieron que tal vez sería más útil elaborar un glosario de los términos científicos que se emplearían, mientras que otros señalaron que el examen de una definición podía ser prematuro en este momento y que, con cierto tiempo, existiría la posibilidad de implicar a la comunidad científica, lo que de hecho permitiría a la Comisión elaborar una definición que fuera sólida desde el punto de vista tanto jurídico como científico. También se señaló que la definición debía ser general, sin mencionar términos como «troposfera» y «estratosfera».

95. Otros cuestionaron la necesidad de una definición. En particular, se indicó que los diversos tratados que se ocupaban directamente de cuestiones atmosféricas como la contaminación transfronteriza a larga distancia, el agotamiento del ozono o el cambio climático no definían el término «atmósfera». En la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tampoco se definía el mar.

96. Algunos miembros señalaron también que el contenido de la definición propuesta era problemático. Dicha definición parecía carecer de fundamento en la práctica de los Estados, la jurisprudencia o la doctrina. Además, se observó que la definición propuesta mencionaba la troposfera y la estratosfera, pero dejaba fuera, de una manera un tanto arbitraria y sin ningún motivo aparente, la mesosfera, la termosfera y la exosfera, que también formaban parte de la atmósfera. Aun admitiendo, como estaba científicamente demostrado, que los tres problemas contemporáneos que afectaban a la atmósfera —la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático— solo tuvieran impacto en la troposfera y la estratosfera, algunos miembros, sobre la base del principio de precaución, se pronunciaron en contra de un enfoque que compartimentara determinados segmentos de la atmósfera. Por ejemplo, se destacó el estudio del cambio climático en la mesosfera realizado por el Programa de la Antártida del Gobierno de Australia, que detectó una manifestación del efecto invernadero (mayor enfriamiento) en la estratosfera y la mesosfera[791]. También se indicó que los satélites lanzados al espacio ultraterrestre podían causar daños ambientales en la atmósfera superior. Por consiguiente, se consideró que lo ideal sería una definición más general de la atmósfera que se correspondiera con su identificación científica, según la cual está formada por la troposfera, la estratosfera, la mesosfera y la termosfera, o hiciera referencia a su impacto en la existencia humana y el medio ambiente.

97. Algunos miembros también observaron que, al definir la atmósfera como «la capa de gases que circunda la Tierra en la troposfera y la estratosfera», la definición podía haber impuesto implícitamente un límite superior, interfiriendo así con cuestiones relacionadas con el «espacio ultraterrestre», como su delimitación, que quedaban excluidas del examen con arreglo a los términos del entendimiento de 2013. Otros miembros se mostraron partidarios de la noción de «capa gaseosa que envuelve la Tierra», empleada por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, en lugar de la expresión «capa de gases» para describir la atmósfera. Algunos miembros también plantearon si el concepto de «sustancias transportadas por el aire» podía por sí solo servir para describir adecuadamente la atmósfera. Según otra opinión, era fundamental incluir en la definición las características naturales de la atmósfera, a saber, la idea de la circulación atmosférica.

98. También se señaló que, si bien el proyecto de directrices no tenía por finalidad afectar a la condición jurídica del espacio aéreo reconocida en el derecho internacional aplicable, la definición propuesta, al incluir sus características físicas, señalaba de manera implícita un límite superior del espacio aéreo.

99. Asimismo se propuso, si bien teniendo presente el entendimiento de 2013, definir también la «contaminación del aire», el «agotamiento del ozono» y el «cambio climático», a los efectos del proyecto de directrices, así como la «protección».

c) *Observaciones sobre el proyecto de directriz 2 (Ámbito de aplicación de las directrices)*

100. Si bien algunos miembros consideraban satisfactorio el proyecto de directriz 2, otros señalaron la necesidad de abordar las cuestiones relativas al ámbito de aplicación de las directrices desde una perspectiva de «causa y efecto», dado que el lugar de origen de la contaminación suele ser distinto del lugar en que se producen los efectos adversos. A tal fin, se sugirió formular el proyecto de directriz sobre el ámbito de aplicación teniendo en cuenta, para su posible inclusión en el mismo, tres dimensiones espaciales, a saber, territorial, transfronteriza y global, prestando especial atención a estos dos últimos aspectos. Ya que no siempre era posible determinar claramente la causa y el origen de la degradación de la atmósfera, se indicó la conveniencia de abordar las cuestiones de protección desde una perspectiva encaminada a restringir las sustancias peligrosas, que era el enfoque adoptado en los instrumentos vigentes.

101. En relación con el apartado *a*, si bien algunos miembros estuvieron de acuerdo con su esencia, en particular su referencia a los efectos en el entorno humano y natural, se expresó la opinión de que era demasiado amplio y demasiado limitado a la vez, en el sentido de que, aunque parecía abarcar una amplia gama de posibles actividades humanas, al mismo tiempo establecía, en la última parte del apartado, un umbral elevado. Algunos miembros también consideraban problemática la inclusión de la «energía» en la medida en que abarcaba problemas de contaminación radiactiva o nuclear, en particular habida cuenta de que los usos pacíficos de la energía nuclear estaban regulados por regímenes especiales. Según otra opinión, el apartado *a* inducía a error porque también parecía ahondar en cuestiones de fondo, debido al empleo de términos como «sustancias nocivas» o «efectos adversos sensibles». A fin de subsanar ese defecto, se propuso volver a redactar el proyecto de directriz en términos generales para abarcar todas las actividades humanas que afectaran a la atmósfera, con miras a asegurar su protección, o suprimir todo el apartado.

[791] Véase: www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere.

102. En lo que respecta al apartado *b*, algunos miembros indicaron que la referencia a «los principios básicos relacionados con la protección de la atmósfera» corría el riesgo de hacer que el ámbito de aplicación del proyecto de directrices entrara en conflicto con el entendimiento alcanzado en 2013. También se argumentó que el apartado parecía guardar más relación con la naturaleza del ejercicio que con el ámbito de aplicación. Se sugirió que, sin ser prescriptivo, el objetivo debería consistir en elaborar directrices que sirvieran de base a los Estados en sus esfuerzos por afrontar los problemas relacionados con la atmósfera. Otros miembros apoyaron la formulación del apartado *b*, ya que también establecía un objetivo.

103. Algunos miembros consideraron que la referencia a los «principios básicos» imponía límites y que las palabras «así como sobre su interrelación» eran poco claras e imprecisas con respecto al proyecto de directriz en su conjunto. Otros miembros incluso cuestionaron la utilidad y oportunidad de contar con una directriz sobre el ámbito de aplicación. A ese respecto, se señaló la necesidad de tener en cuenta los términos del entendimiento de 2013. Habida cuenta de la advertencia recogida en el entendimiento de no abordar y no prejuzgar cuestiones como el principio de «quien contamina, paga», el principio de precaución y las responsabilidades comunes pero diferenciadas, se sugirió la inclusión de una cláusula de salvaguardia que reflejara la idea de que, al no abordar tales principios, la Comisión lo hacía sin perjuicio de su condición en el derecho internacional.

d) *Observaciones sobre el proyecto de directriz 3 (Condición jurídica de la atmósfera)*

104. El proyecto de directriz 3 suscitó diversas observaciones de los miembros tanto sobre el enfoque adoptado por el Relator Especial como sobre el contenido del proyecto de directriz. En general, algunos miembros expresaron dudas acerca de la fundamentación de la condición jurídica de la atmósfera en el concepto de la preocupación común de la humanidad como concepto jurídico, y señalaron en particular que existía el riesgo de que se estuviera sobrestimando su posición actual en el derecho internacional. Se consideró que, en su formulación actual, el proyecto de directriz era amplio y tenía implicaciones de largo alcance.

105. Los miembros coincidieron en general en que tal vez fuera necesario seguir trabajando para justificar plenamente las propuestas y opciones normativas adoptadas por el Relator Especial en el proyecto de directriz. En particular, en lo que respecta al enfoque, los miembros que creían que el Relator Especial debería elaborar el proyecto de directrices en términos de derechos y obligaciones de los Estados opinaban que no se ajustaba a la práctica considerar la atmósfera como elemento integral o unificado en relación con los derechos y obligaciones de los Estados. Tomando como base el derecho del mar, y la jurisprudencia, como el laudo en el caso *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[792], se señaló la importancia de considerar esos derechos y obligaciones desde la perspectiva de la soberanía y el control, que supondría, por ejemplo, que la atmósfera situada directamente encima de un Estado tendría que abordarse en términos de soberanía. Del informe no se desprendía con claridad la razón por la que el Relator Especial había decidido apartarse de un enfoque, establecido en la práctica, que atribuía el daño localizado al Estado en que este se produjera o daba lugar a que se invocara el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* en caso de daño transfronterizo. A este respecto, se planteó la cuestión de cómo se aplicaría el principio *sic utere tuo* a la protección de la atmósfera. Algunos miembros, por otra parte, suscribieron el planteamiento del Relator Especial al afirmar que el enfoque por zonas de la protección del medio marino adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar simplemente no podía aplicarse a la protección de la atmósfera por ser inadecuado y poco práctico, y señalaron la dificultad de establecer la jurisdicción nacional sobre cualquier segmento de la atmósfera. Además, se indicó que, aunque se tomara el derecho del mar como modelo, habían surgido problemas en esa esfera, en particular a propósito de zonas situadas al margen de la jurisdicción nacional en relación con las cuales los Estados partes seguían debatiendo y negociando sobre la gestión de los recursos comunes de los océanos.

106. En cuanto al fondo, algunos miembros acogieron con satisfacción las afirmaciones del informe sobre la atmósfera como recurso natural, aunque se puso en duda que la práctica demostrara que se trataba de un recurso que cabía calificar de compartido o común. Algunos miembros señalaron que el texto del proyecto de directriz carecía de fundamento en la práctica estatal o convencional y en la jurisprudencia. Además, el proyecto de directriz no parecía guardar ninguna relación con la condición jurídica de la atmósfera, a menos que se atribuyera sentido a la afirmación de que su protección era una «preocupación común de la humanidad». Ese era un concepto con un contenido normativo poco claro; no solo era controvertido, sino también vago, ya que admitía diversas interpretaciones, incluida la posibilidad de que reconocía derechos a las personas y las generaciones futuras. Asimismo, su aplicación a la atmósfera no parecía sustentarse en la práctica de los Estados.

107. En vista de la escasez de práctica, el tratamiento que el Relator Especial daba al concepto en su informe no era completo ni exhaustivo. Presentaba prematuramente un texto sin proporcionar un análisis completo ni explicar las consecuencias jurídicas del concepto propuesto. Por ejemplo, no estudiaba de manera exhaustiva las consecuencias jurídicas de la noción de «preocupación común de la humanidad». Se planteaban varias cuestiones: ¿Existe una responsabilidad jurídica de prevenir el daño? ¿Incumbe esa responsabilidad jurídica a todos los Estados? ¿Crea obligaciones *erga omnes* y, por tanto, genera la responsabilidad de los Estados? ¿Impone obligaciones a la sociedad en su conjunto y a cada uno de los miembros de la comunidad? ¿Establece *locus standi*, en particular para ejercer una *actio popularis*? ¿Crea un deber de solidaridad ambiental internacional? ¿No resta el proyecto de directriz, de manera involuntaria, relevancia al principio *sic utere*? Aunque el Relator Especial insinuó en el informe que el concepto llevaría a la creación de obligaciones jurídicas sustantivas por parte de todos los Estados para proteger la atmósfera global exigibles *erga omnes*, lo hizo sin presentar un análisis completo.

[792] Véase la nota 786 *supra*.

Varios miembros destacaron también que la preocupación común de la humanidad no era la atmósfera *per se*, sino su protección. No obstante, se dijo que la degradación de las condiciones de la atmósfera sería un ejemplo de esa preocupación.

108. Otros miembros indicaron que el concepto merecía una consideración favorable y señalaron que la Comisión podía contribuir a aclarar y definir su alcance en lo que respecta a la protección de la atmósfera. También se sugirió la conveniencia de considerar que el concepto implicaba la necesidad de cooperación internacional en la protección de la atmósfera, con los consiguientes deberes de prevención y cooperación. Asimismo, se consideró que, en lugar de centrarse en la condición jurídica de la atmósfera, debía prestarse atención a la protección de la atmósfera como preocupación común de la humanidad, y que el concepto de «preocupación común» debía constituir la base tanto de una directriz específica como de una directriz que desarrollara los principios básicos pertinentes para la protección de la atmósfera.

109. Según otro punto de vista, el concepto era demasiado débil para aplicarse a la protección de la atmósfera. Si bien algunos miembros se mostraron partidarios de reflejar la aplicabilidad del concepto en relación con la protección de la atmósfera, se señaló, no obstante, que el razonamiento jurídico de esa preferencia en el informe era escaso. No estaba claro, por ejemplo, por qué el concepto de «patrimonio común de la humanidad» no podía ser ideal, sin la «estructura institucional de gran alcance para controlar la asignación de los derechos de explotación y los beneficios» que parecía haber llevado al Relator Especial a descartarlo. A este respecto, se hizo referencia a la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997[793], que se refieren al «patrimonio común de la humanidad» pero no cuentan con una compleja estructura institucional. Otros miembros criticaron al Relator Especial por desestimar con cierta precipitación y sin ninguna razón convincente la posible aplicación del «patrimonio común de la humanidad» a la condición de la atmósfera.

110. En relación con el apartado *a*, se propuso que se simplificara la referencia a los «ecosistemas acuáticos y terrestres».

111. En cuanto al apartado *b*, se señaló que era innecesario. Además, se consideró que, aunque la condición jurídica del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional aplicable no se viera afectada por el proyecto de directrices, ello no significaría que las actividades realizadas en el espacio aéreo no estarían abarcadas por el presente proyecto.

e) *Otras consideraciones*

112. Varios miembros acogieron con satisfacción la indicación del Relator Especial de que se centraría en mecanismos de cooperación para abordar las cuestiones de interés común, e instaron a que se diera prioridad a este aspecto. A juicio de algunos miembros, también debían examinarse en cierta medida las obligaciones de los Estados, no solo respecto de la preservación, sino también de la conservación de la atmósfera y de la relación entre las normas ya establecidas del derecho ambiental internacional consuetudinario y la reglamentación de la atmósfera, incluidos los principios de no causar daño y de prevención, así como los principios del desarrollo sostenible.

113. En vista de que, en la causa relativa a las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*[794], la Corte Internacional de Justicia declaró que la realización de una evaluación del impacto ambiental en caso de que existiera el riesgo de que la actividad propuesta tuviera efectos adversos sensibles en un contexto transfronterizo debía considerarse obligatoria en virtud del derecho internacional general, la Comisión también podría hacer una contribución significativa, entre otras cosas abordando todos los aspectos relativos al contenido de la obligación en relación con el tema.

114. También se propuso que, al abordar consideraciones de equidad, la Comisión se basara en los principios 6[795], 9[796] y 11[797] de la Declaración de Estocolmo[798] en el tratamiento del tema.

115. Algunos miembros expresaron su preferencia por un enfoque alternativo que tratara de identificar «indicadores de la práctica» específicos, basados concretamente en la práctica de los Estados, que podían ser de utilidad a los encargados de la formulación de políticas cuando tuvieran que lidiar con problemas relacionados con la atmósfera. Con dicho enfoque, el proyecto de directrices

---

[793] Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Actas de la Conferencia General, 29.ª reunión*, vol. I, *Resoluciones*, resolución 16, refrendada por la resolución 53/152 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998.

[794] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en particular págs. 82 y 83, párr. 204. Véase también *In the matter of the Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 between the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of India*, laudo parcial de 18 de febrero de 2013, ILR, vol. 154, págs. 1 y ss.; los laudos de la Corte Permanente de Arbitraje pueden consultarse en: www.pca-cpa.org. Por lo que respecta al Tratado relativo al Uso de las Aguas del Indo, firmado en Karachi el 19 de septiembre de 1960, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 419, n.º 6032, pág. 125.

[795] El principio 6 dice lo siguiente:

«Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación.»

[796] El principio 9 dice lo siguiente:

«Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse.»

[797] El principio 11 dice lo siguiente:

«Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales.»

[798] Véase la nota 787 *supra*.

podía centrarse en cuestiones como la cooperación entre los Estados a nivel mundial, regional y bilateral, y los diversos enfoques, marcos y técnicas que los Estados prevén para mejorar sus acuerdos de cooperación.

3. Conclusiones finales del Relator Especial

116. El Relator Especial agradeció los útiles comentarios, sugerencias y críticas constructivas de los miembros. Reiteró la importancia de que la Comisión abordara el tema con moderación y sensatez, y convino en que la celebración de consultas con la comunidad científica ayudaría a la Comisión en su labor. A tal efecto, manifestó su intención de estudiar la posibilidad de organizar una reunión informativa para 2015. También señaló que prefería aplazar la remisión del proyecto de directrices al Comité de Redacción hasta el año siguiente y así tener la oportunidad de volver a redactar algunas partes del mismo a la luz de las observaciones formuladas.

117. El Relator Especial reconoció que existía un amplio espectro de opiniones entre los miembros sobre el entendimiento de 2013. Insistió en particular en que no preveía ningún conflicto entre su tratamiento del tema, en especial la concentración en la contaminación del aire, el agotamiento del ozono y el cambio climático, y las negociaciones políticas. Propugnó un enfoque conciliador y señaló que no había necesidad de desestimar el entendimiento, puesto que la Comisión había basado en él su decisión de ocuparse del tema el año anterior. Al mismo tiempo, expresó la esperanza de que se le diera la flexibilidad necesaria para identificar cuestiones relevantes para el tema de manera que ayudara a la Comisión a avanzar en su examen.

118. El Relator Especial señaló también que en el párrafo 92 de su informe había incluido un plan de trabajo completo sobre el tema, y reconoció la importancia de la cooperación internacional como elemento fundamental de la protección de la atmósfera. En su segundo informe tenía la intención de abordar el contenido de las responsabilidades de los Estados con respecto a la protección de la atmósfera.

119. En lo referente al proyecto de directriz 1, el Relator Especial destacó que pretendía ser una definición de trabajo a los efectos del proyecto de artículos, que se proponía como cuestión de necesidad práctica, dado que los instrumentos existentes no contenían ninguna definición de la atmósfera. Señaló que su decisión de centrar la definición en la troposfera y la estratosfera no era arbitraria. Como la atmósfera superior solo ocupa el 0,0002% de la masa total de la atmósfera, consideró que era una parte insignificante excluida del ámbito de aplicación del proyecto de directriz. Además, no existían pruebas significativas de que el cambio climático contribuyera a los cambios en las condiciones de la mesosfera o la termosfera o de que fuera el responsable de ellos. El Relator Especial expresó sus dudas de que el estudio del «cambio climático» en la mesosfera realizado por el Programa de la Antártida del Gobierno de Australia, que se refería al «flujo solar», o la medida de la actividad del sol durante el mismo período de tiempo, vinculara específicamente los cambios detectados «directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima», que era la definición del cambio climático aprobada en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Asimismo, el Relator Especial admitió que había un conocimiento limitado de los cambios en la atmósfera superior debido a la falta de datos científicos. No obstante, consideraba que establecer un régimen de protección para esa zona sería demasiado ambicioso. En cuanto a los daños que podían causar los satélites, el Relator Especial recordó que la protección ambiental del espacio ultraterrestre, incluida la cuestión de los desechos espaciales, es un tema del que se ocupaba la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos. El Relator Especial también destacó que, en el derecho internacional, el espacio aéreo y la atmósfera eran dos conceptos totalmente distintos. Por consiguiente, la definición de los límites de la atmósfera no afectaba a las fronteras del espacio aéreo nacional o el espacio ultraterrestre. No obstante, se mostró dispuesto a eliminar la referencia a la troposfera y la estratosfera de la definición del proyecto de directriz 1, siempre que en un comentario se aclarara en mayor medida la relación entre la atmósfera y el espacio ultraterrestre.

120. En relación con el proyecto de directriz 2, el Relator Especial confirmó que este se centraría en el daño que tuviera efectos transfronterizos o globales. Afirmó que la utilización de expresiones como «sustancias nocivas» que «tengan o probablemente puedan tener efectos adversos sensibles» tiene por objeto limitar debidamente la gama de actividades humanas y sustancias nocivas a que se refiere el proyecto de directrices. El Relator Especial recordó que la Comisión había utilizado conceptos sustantivos en disposiciones sobre definiciones, así como el término «sensible», en trabajos anteriores. Así ocurrió, por ejemplo, en los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[799]. La Comisión observó que «sensible» era una determinación fáctica y objetiva que entrañaba una valoración que dependía de las circunstancias de cada caso particular; significaba algo más que «detectable», pero sin necesidad de alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial». El Relator Especial también señaló que la inclusión del término «energía» en la definición propuesta se correspondía con la definición contenida en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Dicha inclusión no pretendía interferir con las políticas de los Estados sobre energía nuclear y su utilización.

121. Con respecto al proyecto de directriz 3, el Relator Especial confirmó que la preocupación común no era la atmósfera, sino la *protección* de la atmósfera. Su alcance debía ser limitado, y centrado en establecer un marco de cooperación para la protección de la atmósfera, y no una propiedad o gestión común de la atmósfera. Creaba obligaciones sustantivas de protección del medio ambiente, además de las ya reconocidas por el derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial confirmó su convicción de que había una estrecha vinculación entre las

[799] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97. Los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007.

obligaciones *erga omnes*, y su cumplimiento, y la noción de «preocupación común», cuyos aspectos, incluido el concepto conexo de *actio popularis*, se seguirían examinando en futuros informes. En su opinión, el proceso de elaboración de normas jurídicas era a la vez inductivo y deductivo. Incumbía a la Comisión estudiar las obligaciones jurídicas que podía contener la noción de «preocupación común», que no estaba desprovista de contenido normativo, y articular dichas obligaciones como parte del proyecto de directrices. El Relator Especial se mostró de acuerdo con los miembros que afirmaban que la noción de «preocupación común» implicaba un deber de cooperar a fin de garantizar la protección de la atmósfera para las generaciones futuras. Tampoco veía ningún impedimento para ampliar el principio *sic utere tuo* a la protección de la atmósfera, habida cuenta de que su aplicación no se limitaba a los daños en el contexto bilateral transfronterizo; tanto la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (párr. 8 del preámbulo) como el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (art. 2, párr. 2 *b*) han reconocido el principio. El Relator Especial señaló también que no se oponía totalmente a utilizar el concepto de «patrimonio común» en la protección de la atmósfera si la Comisión lo prefería para el proyecto.

122. El Relator Especial destacó asimismo la importancia de considerar la atmósfera como una unidad singular integral, no sujeta a divisiones en función de las fronteras de los Estados. Su naturaleza fluida y dinámica hacía que fuera impracticable, cuando no imposible, a los efectos del proyecto, dividirla separando el aire sujeto a la jurisdicción territorial y el control de un Estado del que quedara fuera de esa jurisdicción.

Capítulo IX

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

A. Introducción

123. La Comisión, en su 59.º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[800]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se facilitó a la Comisión en su 60.º período de sesiones[801].

124. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60.º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63.º período de sesiones (2011)[802]. La Comisión no pudo examinar el tema en su 61.º período de sesiones (2009) ni en su 62.º período de sesiones (2010)[803].

125. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012) y el segundo informe en el 65.º período de sesiones (2013)[804]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en su segundo informe, la Comisión aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo con los comentarios correspondientes en ese mismo período de sesiones[805].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

126. La Comisión tuvo ante sí el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3217.ª a 3222.ª, celebradas del 7 al 11 de julio de 2014.

127. En su tercer informe, la Relatora Especial comenzó el análisis de los elementos normativos de la inmunidad *ratione materiae*, centrándose en los aspectos relacionados con el elemento subjetivo. En este marco, tal como anunció en el anterior período de sesiones, examinó el concepto general de «funcionario del Estado» y expuso los criterios sustantivos que podrían emplearse para identificar a dichas personas, en especial respecto de los posibles beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera. Igualmente abordó una cuestión lingüística: la elección del término más adecuado para designar a las personas que se benefician de la inmunidad, habida cuenta de los problemas terminológicos que planteaba el uso del término «funcionario» y sus equivalentes en las demás versiones lingüísticas, y propuso el empleo del término «órgano». Tras un análisis de la práctica judicial a escala nacional e internacional, de los tratados y de ciertos trabajos previos de la Comisión, la Relatora Especial presentó dos proyectos de artículo dedicados al concepto general de «funcionario» a los efectos del proyecto de artículos y al alcance subjetivo de la inmunidad *ratione materiae*. Está previsto que el alcance material y temporal de la inmunidad *ratione materiae* se examine en el siguiente informe de la Relatora Especial.

128. Tras las deliberaciones sobre el tercer informe de la Relatora Especial, la Comisión, en su 3222.ª sesión, celebrada el 11 de julio de 2014, decidió remitir los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

129. En su 3231.ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2, apartado *e*, y 5 (véase la sección C.1 *infra*).

130. En sus 3240.ª a 3242.ª sesiones, celebradas los días 6 y 7 de agosto de 2014, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

---

[800] En su 2940.ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58.º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del informe de la Comisión (véase *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257 y págs. 209 a 218).

[801] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386. El memorando preparado por la Secretaría sobre el tema figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60.º período de sesiones).

[802] *Anuario… 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/601 (informe preliminar); *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631 (segundo informe); y *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646 (tercer informe).

[803] Véanse *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 207; y *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

[804] *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654 (informe preliminar); y *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661 (segundo informe).

[805] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 48 y 49. En su 3174.ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente tres proyectos de artículo, y en sus sesiones 3193.ª y 3196.ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios.

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

1. Texto de los proyectos de artículo

131. El texto de los proyectos de artículo aprobados hasta el momento por la Comisión se reproduce más abajo[806].

Primera parte

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

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

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

Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[…]

***e*) se entiende por «funcionario del Estado» un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales.**

Segunda parte

INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE*

***Artículo 3. Beneficiarios de la inmunidad* ratione personae**

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

***Artículo 4. Alcance de la inmunidad* ratione personae**

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

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

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

Tercera parte

INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

***Artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad* ratione materiae**

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones

132. El texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones se reproduce más abajo.

[806] Para consultar los comentarios de los proyectos de artículo 1, 3 y 4, véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 49.

Artículo 2. Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[…]

***e*) se entiende por «funcionario del Estado» un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales.**

Comentario

1) El apartado *e* del proyecto de artículo 2 está dedicado a definir a las personas a quienes se aplica el presente proyecto de artículos, a saber, los «funcionarios del Estado». La definición del concepto de funcionario del Estado favorece la comprensión de uno de los elementos normativos de la inmunidad: los beneficiarios de la inmunidad. La mayoría de los miembros de la Comisión consideraban útil contar con una definición de funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad penal extranjera se aplica a los individuos. Varios miembros de la Comisión expresaron dudas sobre la necesidad de incluir esta definición.

2) La definición del concepto de «funcionario del Estado» contenida en el apartado *e* del proyecto de artículo 2 tiene un carácter general, aplicándose a cualquier persona que se beneficie de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en virtud del presente proyecto de artículos, tanto si se trata de inmunidad *ratione personae* como de inmunidad *ratione materiae*. En consecuencia, no debe confundirse la naturaleza y objeto del proyecto de artículo 2, apartado *e*, con la naturaleza y objeto de los proyectos de artículo 3 y 5, dedicados a definir quiénes son los beneficiarios de cada categoría de inmunidad[807]. La determinación de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* se realiza partiendo de la definición de «funcionario del Estado» que es común a ambas categorías.

3) El derecho internacional no ha definido el concepto de «funcionario del Estado» o «funcionario» con alcance general, aunque dichos términos aparecen en ocasiones en determinados tratados e instrumentos internacionales[808]. Por otro lado, el concepto de «funcionario del Estado» o

[807] En el proyecto de artículo 3 se establece que «[l]os Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» (ibíd., párr. 48). En el proyecto de artículo 5 se establece que «[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera» (A/CN.4/L.850).

[808] Dichos términos son empleados en los siguientes tratados multilaterales: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Convenio Penal sobre la Corrupción (Consejo de Europa); Convención Interamericana contra la Corrupción; y Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción. Para el análisis de dichos instrumentos a los efectos de la definición de «funcionario del Estado», véase el tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial (A/CN.4/673), párrs. 51 a 97.

simplemente «funcionario» puede tener significados o alcances distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por consiguiente, la definición de «funcionario del Estado» a la que se refiere este comentario es autónoma y ha de entenderse a los fines del presente proyecto de artículos.

4) La definición de «funcionario del Estado» utiliza el término «individuo» para indicar que el presente proyecto de artículos solo se aplica a las personas físicas. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a las personas jurídicas.

5) Como se ha señalado *supra*, el término «funcionario del Estado» ha de entenderse en el sentido de que comprende tanto a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* como a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con los mismos, ha de destacarse que la Comisión ha identificado a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* mediante la técnica de elaborar una lista de individuos que son citados *eo nomine* en el proyecto de artículo 3, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, se ha optado por no mencionarlos expresamente en el apartado *e* del proyecto de artículo 2 por considerar que dichos individuos son *per se* funcionarios del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos y que, por dicha razón, no deben ser diferenciados del resto de funcionarios del Estado a los efectos de la definición.

6) Por lo que se refiere a los «funcionarios del Estado» a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión no considera posible utilizar la técnica de identificación *eo nomine*. Teniendo en cuenta tanto la diversidad de cargos de los individuos a los que se podría aplicar la inmunidad como la variedad de los sistemas jurídicos estatales que definen quiénes son sus funcionarios, la Comisión considera que no es posible elaborar una lista exhaustiva que incluya a todos los individuos cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Por los mismos motivos, la Comisión tampoco ha considerado posible ni adecuado el elaborar una lista orientativa en un proyecto de artículo de los cargos de los individuos a los que se puede aplicar dicha inmunidad. En ambos casos, la lista sería necesariamente incompleta ya que no podría recoger todos los cargos de los funcionarios del Estado contemplados en los derechos internos, debería ser actualizada permanentemente y, por todo ello, podría generar confusión entre los órganos estatales encargados de aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, la identificación de los individuos a los que se puede calificar como «funcionarios del Estado» a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* deberá realizarse caso por caso, aplicando los criterios que se incluyen en la definición, que permiten concluir la existencia de un vínculo específico entre el Estado y el funcionario, a saber: representar al Estado o ejercer funciones estatales.

7) Sin embargo, a efectos meramente de ejemplo, se enumeran a continuación algunos «funcionarios del Estado» mencionados en la jurisprudencia nacional e internacional en relación con la inmunidad de jurisdicción: un antiguo Jefe de Estado; un Ministro de Defensa y un antiguo Ministro de Defensa; un Vicepresidente y Ministro de Bosques, un Ministro del Interior; un Fiscal General del Estado y un Fiscal de la República; un Jefe de Seguridad Nacional y un antiguo jefe de un servicio de inteligencia; un director de una Autoridad Marítima; un Fiscal General y varios funcionarios de menor rango de un Estado federado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la Fiscalía y un jurista de una agencia del Gobierno); militares de distintos rangos y varios miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluido el Director de Scotland Yard; agentes fronterizos; el Subdirector de un centro penitenciario; y un responsable de archivos estatales[809].

8) En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y

[809] Véase: *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs «FENVAC SOS Catastrophe»; Association des familles des victimes du Joola* et al., Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84.818) (véase *Bulletin des Arrêts, Chambre criminelle*, n.º 1 (enero de 2010), págs. 41 y ss.); *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26 (véase ILR, vol. 129, págs. 744 y ss.); *Agent judiciaire du trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004 (véase *Bulletin criminel 2004*, n.º 292, pág. 1096); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Corte Suprema (Irlanda), sentencia de 24 de abril de 1997, [1997] 2IR 121; *Iglesia de la Cienciología*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 26 de septiembre de 1978 (véase ILR, vol. 65, págs. 193 y ss.); *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza) (BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others* - Ex Parte *Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), fallo de 24 de marzo de 1999 (véase ILM, vol. 38 (1999), págs. 581 y ss.); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 ([2011] EWHC 2029 (Admin)), véase ILR, vol. 147, págs. 633 y ss.; *Fiscal c. Adler y otros*, Tribunal de Milán, Sección Penal Cuarta (Italia), sentencia de 1 de febrero de 2010 (disponible en: http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 1492 (IT 2010)]); *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 7 de julio de 1997 (véase ILR, vol. 121, págs. 591 y ss.); *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 3 de noviembre de 1992 (Case nº 5 StR 370/92), véase ILR, vol. 100, págs. 364 y ss.; *In re Mr and Mrs Doe*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 19 de octubre de 1988, 860 F. 2d 40 (1988), véase ILR, vol. 121, págs. 567 y ss.; *R. c. Lambeth Justices,* ex-parte *Yusufu*, Tribunal Divisional (Reino Unido), sentencia de 8 de febrero de 1985 (véase ILR, vol. 88, págs. 323 y ss.); *Estate of the late Zahra (Ziba) Kazemi and Stephan (Salman) Hashemi v. the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi*, Tribunal Superior, Sección Mercantil (Canadá), sentencia de 25 de enero de 2011; *Ali Saadallah Belhas* et al. *v. Moshe Ya'alon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América), sentencia de 15 de febrero de 2008 (véase ILM, vol. 47 (2008), págs. 144 y ss.); *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar* et al. *v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 2 de mayo de 2007; *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10)*, Tribunal de Apelaciones, 7th Cir (Estados Unidos de América), sentencia de 8 de septiembre de 2004, 383 F.3d 620; *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993 (véase ILR, vol. 95, págs. 446 y ss.); *Rukmini S. Kline* et al. *v. Yasuyuki Kaneko* et al., Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 31 de octubre de 1988; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 177 y ss.; *Jones and Others v. the United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 14 de enero de 2014, demandas n.os 34356/06 y 40528/06, ECHR 2014; y *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, fallo de 29 de octubre de 1997, causa n.º IT-95-14-AR 108 *bis*, [1997] 1 ICTY JR, págs. 1099 y ss.

el Ministro de Relaciones Exteriores pueden beneficiarse tanto de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, en virtud del presente proyecto de artículos. El primero de los supuestos se contempla expresamente en el proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones. El segundo se refleja en el apartado 3 del proyecto de artículo 4, también aprobado provisionalmente por la Comisión en el mismo período de sesiones, conforme al cual «[l]a extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*»[810]. Las condiciones en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores se beneficien de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae* dependerán de las reglas aplicables a cada una de estas categorías de inmunidad que se contienen en otras disposiciones del presente proyecto de artículos[811].

9) Ha de destacarse que la definición de «funcionario del Estado» se refiere únicamente al beneficiario de la inmunidad, sin que ello prejuzgue ni implique pronunciamiento alguno sobre la cuestión de cuáles sean los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Desde esta perspectiva, el elemento esencial que debe tenerse en cuenta para identificar a un individuo como funcionario del Estado a los fines del presente proyecto de artículos es la existencia de un vínculo entre dicha persona y el Estado. Dicho vínculo se refleja en el apartado *e* del proyecto de artículo 2 mediante la referencia a que el individuo en cuestión «representa al Estado o […] ejerce funciones estatales». Se trata de una fórmula clara y sencilla sobre los criterios identificativos del concepto de funcionario[812], y que reitera el planteamiento ya aceptado por la Comisión en 2013 al declarar que el presente proyecto de artículos se refiere a «la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado»[813]. Por último, ha de destacarse que un funcionario del Estado puede cumplir los dos requisitos o solo uno de ellos.

10) La expresión «que representa» ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo bajo la misma a cualquier «funcionario del Estado» que ejerza funciones representativas. La referencia a la representación reviste un especial significado respecto del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, ya que —como se señala en el comentario al proyecto de artículo 3— «las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado»[814]. Sin embargo, la referencia a la representación del Estado puede resultar igualmente de aplicación a otros funcionarios del Estado distintos de la denominada «troika», en virtud de reglas o actos propios de los sistemas estatales. En consecuencia, la determinación de si un funcionario representa o no al Estado deberá realizarse caso por caso. Por último, ha de destacarse que la referencia autónoma a la «representación del Estado» como uno de los criterios para definir la existencia de un vínculo con el Estado permite dar cobertura a algunas personas, por ejemplo los Jefes de Estado, que no suelen ejercer funciones estatales en sentido estricto pero representan al Estado de forma inequívoca.

11) Por «funciones estatales» han de entenderse, en un sentido amplio, las actividades propias del Estado. Bajo esta denominación se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado. En consecuencia, el «funcionario del Estado» es el individuo que está en situación de realizar estas funciones estatales. Con la referencia al ejercicio de funciones estatales se define con mayor precisión el vínculo que debe existir entre el funcionario y el Estado, permitiendo que se tome suficientemente en consideración que la inmunidad se otorga al individuo en beneficio del Estado. Aunque se han considerado diversos términos para reflejar esta idea, tales como «prerrogativas del poder público», «funciones públicas», «autoridad soberana», «autoridad gubernativa» o «funciones inherentes del Estado», la Comisión ha mantenido el término «funciones estatales» como más adecuado en el actual estadio de los trabajos. Dicha elección obedece a dos razones: en primer lugar, refleja suficientemente la existencia de un vínculo entre el Estado y el funcionario, que se relaciona con las tareas propias de aquel; y, en segundo lugar, al emplear el término «funciones» y no «actos realizados en nombre del Estado» se evita la posible confusión entre los elementos subjetivo (funcionario) y sustantivo (acto) de la inmunidad. En todo caso, en el actual estadio de los trabajos de la Comisión, estos términos deben entenderse en el sentido más amplio posible, teniendo en cuenta que el contenido preciso de qué son «funciones estatales» depende, en buena medida, de las leyes y del propio poder de autoorganización del Estado. No obstante, algunos miembros de la Comisión dijeron que la expresión elegida no era afortunada.

12) Ha de advertirse que el empleo de los términos «representa» y «ejerce» en presente no debe interpretarse como un pronunciamiento respecto del alcance temporal de la inmunidad. El empleo de este tiempo verbal obedece a la intención de identificar de modo genérico el vínculo que une al Estado con el funcionario y no se refiere a si el funcionario del Estado debe continuar siéndolo en el momento en que se alega la inmunidad. El alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en otros proyectos de artículo.

---

[810] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52.

[811] En este sentido, debe recordarse que en el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 4, se dice lo siguiente: «La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a dejar a salvo la eventual aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial y durante su mandato por un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores, cuando ello sea posible en virtud de las reglas que rigen dicha categoría de inmunidad. El párrafo 3 no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que será objeto de desarrollo en la parte III del presente proyecto de artículos» (ibíd., pág. 55).

[812] Véase el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673), párr. 111, así como el proyecto de artículo inicialmente propuesto por la Relatora Especial (ibíd., párr. 143).

[813] Véase el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 1, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 44).

[814] Véase el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones (ibíd., pág. 47).

13) A los efectos de la definición de «funcionario del Estado» lo relevante es la existencia de un vínculo entre el individuo y el Estado, siendo irrelevante la forma que el mismo revista. En ese sentido, la Comisión considera que dicho vínculo puede revestir múltiples formas, dependiendo de la legislación nacional y de la práctica seguida por cada Estado. No obstante, la mayoría de los miembros de la Comisión entiende que dicho vínculo no puede ser interpretado extensivamente, hasta el punto de dar cobertura a todos los funcionarios *de facto*. El término funcionario *de facto* se emplea para referirse a múltiples supuestos y dependerá de cada caso concreto que pueda o no considerársele como funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículos. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las cuestiones relacionadas con los funcionarios *de facto* pueden ser abordadas más adecuadamente en el marco de una definición de «acto realizado a título oficial».

14) Dado que el concepto de «funcionario del Estado» depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, el rango jerárquico que el mismo ocupe resulta irrelevante a los meros efectos de la definición. Así, aunque en muchos casos las personas que han sido reconocidas como funcionarios del Estado a los efectos de la inmunidad se encuadran en un nivel jerárquico alto o medio, también es posible encontrar algunos ejemplos de personas que se sitúan en un nivel jerárquico bajo. El nivel jerárquico no es, por tanto, un elemento integrante de la definición de funcionario del Estado.

15) Por último, ha de tenerse en cuenta que la definición de «funcionario del Estado» no se refiere al tipo de actos cubiertos por la inmunidad. En consecuencia, los términos «representar» y «ejercer funciones estatales» no pueden interpretarse como definiendo en forma alguna el alcance sustantivo de la inmunidad. De la misma manera, la definición de «funcionario del Estado» tampoco puede interpretarse en el sentido de contener un pronunciamiento sobre las excepciones a la inmunidad. Estas dos cuestiones serán objeto de un tratamiento ulterior.

16) Por lo que se refiere a la cuestión terminológica, en el presente estadio de sus trabajos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la Comisión no ha considerado necesario proceder a un cambio de la terminología empleada para referirse a los beneficiarios de la inmunidad. Por consiguiente, se siguen empleando los términos «funcionario del Estado» en español, «*State official*» en inglés, «*représentant de l'État*», en francés, «مسؤول ادولة» en árabe, «国家官员» en chino y «должностное лицо государства» en ruso. Aunque la Comisión entiende que no son términos que tengan un significado necesariamente idéntico ni sean intercambiables entre sí, ha considerado preferible continuar con el empleo de dichos términos, en especial teniendo en cuenta que el término en inglés «*State oficial*», que se emplea profusamente en la práctica, es adecuado para referirse a todas las categorías de personas a las que se refiere el presente proyecto de artículos. No obstante, debe advertirse de que el empleo de diferentes términos en cada una de las versiones lingüísticas no tiene valor semántico alguno. Por el contrario, los distintos términos empleados en cada una de las versiones lingüísticas tienen idéntico significado a los fines del presente proyecto de artículos y no guardan relación alguna con el significado que cada uno de estos términos pueda tener en los sistemas jurídicos nacionales. La Comisión valorará en su momento si es preciso introducir alguna modificación o incluir una cláusula de salvaguardia respecto del empleo de estos términos en los derechos estatales o en instrumentos internacionales, a fin de velar por que los órganos encargados de la aplicación de la inmunidad a nivel nacional interpreten correctamente el término «funcionario estatal» en el sentido del presente proyecto de artículos.

Artículo 5. Beneficiarios de la inmunidad ratione materiae

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 es el primero de los proyectos de artículo sobre la inmunidad *ratione materiae* y está dedicado a definir el alcance subjetivo de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, este proyecto de artículo es paralelo al proyecto de artículo 3, dedicado a las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, sigue su misma estructura y emplea, *mutatis mutandi*, la misma redacción y la terminología ya acordada por la Comisión respecto de dicho proyecto de artículo. No contiene una lista de los beneficiarios concretos de la inmunidad, sino que, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, se alude a ellos como «[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales».

2) La expresión «funcionarios del Estado» empleada en este proyecto de artículo ha de entenderse en el sentido dado a la misma en el apartado *e* del proyecto de artículo 2, a saber: «un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales». Contrariamente a lo que sucede con las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión no ha considerado posible elaborar una lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* en el presente proyecto de artículos. Por el contrario, los beneficiarios de esta categoría de inmunidad deberán ser identificados caso por caso mediante la aplicación de los criterios contenidos en el proyecto de artículo 2, apartado *e*, que ponen de manifiesto la existencia de un vínculo entre el funcionario y el Estado. El comentario al apartado *e* del proyecto de artículo 2 debe ser debidamente tenido en cuenta a los efectos del presente proyecto de artículo[815].

3) Con la expresión «cuando actúan en calidad de tales» se hace referencia al carácter oficial de la actuación de los funcionarios, poniendo así énfasis en el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* y estableciendo la diferencia con la inmunidad *ratione personae*. Atendiendo al carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae*, algunos miembros de la Comisión han

[815] Véase, *supra*, párrs. 1 a 16 del comentario del apartado *e* del proyecto de artículo 2.

manifestado dudas sobre la necesidad de definir a sus beneficiarios, ya que a su juicio el elemento esencial de la inmunidad *ratione materiae* es la naturaleza de los actos realizados y no el individuo que los realiza. Sin embargo, la mayoría de la Comisión ha considerado útil identificar en primer lugar a los beneficiarios de esta categoría de inmunidad, puesto que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica a esos individuos. En todo caso, debe destacarse que la referencia a que los «funcionarios del Estado» han de «[actuar] en calidad de tales» para beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae* no implica pronunciamiento alguno sobre los actos que pueden quedar cubiertos por dicha inmunidad, que serán abordados en un proyecto de artículo autónomo. Por la misma razón, no se ha empleado la expresión «cuando actúan a título oficial», para evitar una posible confusión con el concepto de «acto realizado a título oficial».

4) Conforme a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, aprobado provisionalmente por la Comisión en 2013[816], la inmunidad *ratione materiae* se aplica también a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, «cuando [hayan actuado] en calidad de [funcionario del Estado]». Sin embargo, la Comisión no considera necesario mencionar expresamente a dichos cargos en el presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad *ratione materiae* no se les reconoce en razón de su estatus sino en virtud de su condición de funcionarios del Estado que han actuado como tales durante su mandato. Aunque la Comisión considera que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan solo cuando han dejado de estar en ejercicio, no se ha estimado necesario referirse a ello en el proyecto de artículo 5. Esta cuestión será abordada más adecuadamente en un futuro proyecto de artículo dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4.

5) El proyecto de artículo 5 no prejuzga las excepciones aplicables a la inmunidad *ratione materiae*, que serán igualmente analizadas en un momento ulterior.

6) Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el proyecto de artículo 5 emplea la expresión «respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera», de la misma manera en que ya se hizo en el proyecto de artículo 3 en relación con los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Con esta expresión se pone de manifiesto la relación existente entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y se destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad, que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto[817].

[816] Conforme al citado precepto: «[l]a extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*» (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 52). Respecto del alcance de esta cláusula «sin perjuicio», véase el párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 4 (ibíd., párr. 49, pág. 55).

[817] Véase el párrafo 13 del comentario del proyecto de artículo 3 (ibíd., pág. 52).

Capítulo X

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

A. Introducción

133. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario» y nombró Relator Especial al Sr. Michael Wood[818]. En el mismo período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota del Relator Especial[819]. También en ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando con objeto de determinar los elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión que podían ser de particular interés para este tema[820].

134. En su 65.º período de sesiones (2013), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial, así como el memorando de la Secretaría sobre el tema[821]. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió cambiar el título del tema a «Identificación del derecho internacional consuetudinario».

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

135. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/672). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3222.ª a 3227.ª, celebradas del 11 al 18 de julio de 2014.

136. En su 3227.ª sesión, el 18 de julio de 2014, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 11, que figuraban en el segundo informe del Relator Especial. En la 3242.ª sesión de la Comisión, el 7 de agosto de 2014, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional de este Comité sobre la «Identificación del derecho internacional consuetudinario», que contenía los ocho proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66.º período de sesiones. El informe, con los proyectos de conclusión, se presentó únicamente a título informativo en esta etapa, y puede consultarse en la página de la Comisión en Internet[822].

[818] En su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (véase *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 157). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 63.º período de sesiones (2011), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo I del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese mismo período de sesiones (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367, y anexo I, págs. 201 a 207).

[819] *Anuario… 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/653. Véase también ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 157 a 202.

[820] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 159.

[821] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/663 (primer informe); ibíd., documento A/CN.4/659 (memorando de la Secretaría); véase también ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 64.

[822] En la dirección: http://legal.un.org/ilc/.

1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe

137. El segundo informe se centró en los dos elementos constitutivos de las normas de derecho internacional consuetudinario: «una práctica general» y «aceptada como derecho». En el informe se proponían 11 proyectos de conclusión, divididos en 4 partes («introducción», «dos elementos constitutivos», «una práctica general» y «aceptada como derecho»).

138. Tras una introducción en la que se recordaban los antecedentes del tema, la primera parte del informe presentaba el alcance y los resultados previstos de la labor al respecto. El alcance y los límites del ámbito de aplicación del proyecto de conclusiones se abordaban en el proyecto de conclusión 1[823], y algunos de los términos que podría ser útil definir a los efectos de la labor se reflejaron en el proyecto de conclusión 2[824]. A continuación, en su segunda parte, el informe se centraba en los aspectos fundamentales del tema, a saber, el enfoque básico para la identificación del derecho internacional consuetudinario. El proyecto de conclusión 3 exponía con claridad el enfoque basado en dos elementos[825], y el proyecto de conclusión 4 constituía una disposición general sobre la valoración de la prueba a tal fin[826]. Los dos elementos se trataban con mayor grado de detalle

[823] El proyecto de conclusión 1 decía lo siguiente:

«*Alcance*

1) Los presentes proyectos de conclusión se refieren a la metodología para determinar la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario.

2) Los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de la metodología relativa a otras fuentes del derecho internacional y de las cuestiones relacionadas con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*).»

[824] El proyecto de conclusión 2 decía lo siguiente:

«*Términos empleados*

A los efectos de los presentes proyectos de conclusión:

a) Por «derecho internacional consuetudinario» se entienden las normas de derecho internacional que se derivan de una práctica general aceptada como derecho y la reflejan;

b) por «organización internacional» se entiende una organización intergubernamental;

c) …»

[825] El proyecto de conclusión 3 decía lo siguiente:

«*Enfoque básico*

Para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario y su contenido es necesario comprobar que existe una práctica general aceptada como derecho.»

[826] El proyecto de conclusión 4 decía lo siguiente:

«*Valoración de la prueba*

Al valorar la prueba de la existencia de una práctica general aceptada como derecho, debe tenerse en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso.»

en las dos partes siguientes, respectivamente. La tercera parte contenía cinco proyectos de conclusión relativos al carácter y la prueba de «una práctica general», a saber, la función de la práctica (proyecto de conclusión 5), la atribución del comportamiento (proyecto de conclusión 6), las formas de la práctica (proyecto de conclusión 7), la ponderación de la prueba de la práctica (proyecto de conclusión 8) y la generalidad y uniformidad de la práctica (proyecto de conclusión 9)[827]. En la cuarta parte se abordaba el segundo de los dos elementos, «aceptada como derecho», en dos proyectos de conclusión sobre la función y la prueba de la aceptación como derecho (proyectos de conclusión 10 y 11, respectivamente)[828].

139. En su introducción, el Relator Especial recordó aspectos de los debates sobre el alcance y los resultados del tema mantenidos en el período de sesiones de 2013 de la Comisión. Señaló, en particular, que estaba previsto que el resultado de la labor sobre el tema fuera un conjunto de «conclusiones» con comentarios, lo que contaba con el amplio apoyo de la Comisión y la Sexta Comisión. No obstante, se sugirió que la forma final pudiera revisarse a medida que avanzaran los trabajos sobre el tema. El Relator Especial también indicó que no tenía la intención de examinar los principios generales del derecho ni el *jus cogens* como parte del presente tema.

140. El Relator Especial recordó que el tema, como se señalaba en la primera parte del informe, no tenía por objeto determinar el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario, sino referirse a la cuestión metodológica de la identificación de la existencia y del contenido de esas normas.

141. El aspecto principal del segundo informe era el enfoque basado en dos elementos para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. El Relator Especial señaló que ese enfoque era ampliamente seguido en la práctica de los Estados y las decisiones de los tribunales y las cortes internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, y que había recibido apoyo en la Sexta Comisión. También había recibido un respaldo general por parte de la doctrina. Asimismo, el Relator Especial recordó la opinión de que en algunos ámbitos del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, podía bastar un solo elemento, a saber, la *opinio juris*, para que exista una norma de derecho internacional consuetudinario, y subrayó que ese punto de vista no estaba respaldado por la práctica de los Estados ni la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, podía haber diferencias en la aplicación del enfoque basado en dos elementos en diferentes campos o con respecto a distintos tipos de normas.

142. Después de abordar los aspectos básicos del enfoque basado en dos elementos, el informe examinó más detenidamente cada uno de esos dos elementos. Comenzando por el primero, «una práctica general», el Relator Especial indicó que esa expresión era preferible a

[827] La tercera parte (proyectos de conclusión 5 a 9) decía lo siguiente:

«Una práctica general

Proyecto de conclusión 5

Función de la práctica

El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de una práctica general significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la creación, o la expresión, de las normas de derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 6

Atribución del comportamiento

La práctica del Estado consiste en un comportamiento que es atribuible a un Estado, ya sea en el ejercicio de funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

Proyecto de conclusión 7

Formas de la práctica

1) La práctica puede adoptar gran variedad de formas e incluye tanto actos físicos como verbales.

2) Las manifestaciones de la práctica incluyen, entre otras cosas, el comportamiento de los Estados "sobre el terreno", la correspondencia y los actos diplomáticos, la legislación, las sentencias de los tribunales nacionales, las publicaciones oficiales en el ámbito del derecho internacional, las declaraciones formuladas en nombre de los Estados relativas a la labor de codificación, la práctica relacionada con los tratados y los actos relacionados con resoluciones de órganos de organizaciones y conferencias internacionales.

3) La inacción también puede constituir práctica.

4) Los actos (o la inacción) de organizaciones internacionales también pueden constituir práctica.

Proyecto de conclusión 8

Ponderación de la prueba de la práctica

1) No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

2) Se tendrá en cuenta toda la práctica disponible del Estado de que se trate. Cuando los órganos del Estado no mantengan una posición unánime, se dará menos peso a su práctica.

Proyecto de conclusión 9

La práctica debe ser general y uniforme

1) Para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debe ser general, es decir, deber ser suficientemente generalizada y representativa. La práctica no tiene que ser universal.

2) La práctica debe ser, en general, uniforme.

3) Siempre que la práctica sea suficientemente general y uniforme, no se requiere que tenga una duración concreta.

4) Al examinar la práctica, se ha de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados.»

[828] La cuarta parte (proyectos de conclusión 10 y 11) decía lo siguiente:

«Aceptada como derecho

Proyecto de conclusión 10

Función de la aceptación como derecho

1) El requisito, como elemento del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho quiere decir que la práctica en cuestión debe ir acompañada de un sentido de obligación jurídica.

2) La aceptación como derecho es lo que distingue una norma de derecho internacional consuetudinario de un simple hábito o uso.

Proyecto de conclusión 11

Prueba de la aceptación como derecho

1) La prueba de la aceptación de una práctica general como derecho puede adoptar gran diversidad de formas, que pueden variar según la naturaleza de la norma y las circunstancias en que esta deba aplicarse.

2) Las formas de la prueba incluyen, entre otras cosas, las declaraciones de los Estados que indican qué constituye o no una norma de derecho internacional consuetudinario, la correspondencia diplomática, la jurisprudencia de los tribunales nacionales, las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos, las publicaciones oficiales en ámbitos del derecho internacional, la práctica convencional y los actos relacionados con resoluciones de órganos de organizaciones internacionales y conferencias internacionales.

3) La inacción también puede constituir prueba de la aceptación como derecho.

4) El hecho de que un acto (o una inacción) de un Estado establezca una práctica a los efectos de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que ese mismo acto constituya una prueba de que la práctica en cuestión es aceptada como derecho.»

«práctica de los Estados», pues reflejaba los términos del Artículo 38, párrafo 1 *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y permitía considerar que la práctica de las organizaciones internacionales también podía ser pertinente. Asimismo, se señaló que la formulación del proyecto de conclusión sobre la función de la práctica, que proponía que era principalmente la práctica de los Estados la que contribuía a la creación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario, procedía, en parte, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. El proyecto de conclusión sobre la atribución del comportamiento propuesto en el informe se basaba, en gran medida, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[829].

143. El informe también abordaba con cierto grado de detalle las denominadas «manifestaciones de la práctica», es decir, los actos o las omisiones que podían ser pertinentes para determinar «una práctica general». El Relator Especial se refirió a seis puntos relacionados con esta parte del informe. En primer lugar, la práctica podía consistir en un comportamiento tanto verbal como físico. En segundo lugar, las listas indicativas de las manifestaciones de la práctica eran útiles, en particular dado el objetivo general del tema, si bien ese tipo de listas no iban a ser forzosamente exhaustivas. En tercer lugar, muchos de los tipos de prácticas enumerados también podían servir como prueba de la aceptación de una práctica como derecho. En cuarto lugar, la práctica de los tratados y las resoluciones de los órganos de las organizaciones internacionales constituían dos de las manifestaciones de la práctica más importantes, y se examinarían con más detalle en el próximo informe. En quinto lugar, no debía pasarse por alto la importancia práctica de la inacción o el silencio. Por último, la práctica de algunas organizaciones internacionales podía ser cada vez más importante, si bien debía evaluarse con cautela.

144. El Relator Especial señaló que no había una jerarquía predeterminada entre las diversas formas de la práctica, y que debía tenerse en cuenta toda la práctica disponible del Estado en cuestión. Además, la práctica tenía que ser general y uniforme. Para ser de carácter general, debía ser suficientemente generalizada y representativa, aunque no era necesario que fuera universal. Siempre que se cumplieran esas condiciones, no se requería que la práctica tuviera una duración mínima específica. Asimismo, se había de prestar la debida consideración a la práctica de los Estados cuyos intereses se veían especialmente afectados.

145. En cuanto al segundo de los dos elementos, «aceptada como derecho», el Relator Especial subrayó que muchas de las dificultades habitualmente asociadas con ese elemento habían sido más teóricas que prácticas. Para que fuera aceptada como derecho, la práctica general debía entrañar una obligación jurídica. Eso era lo que distinguía una norma de derecho internacional consuetudinario de un mero uso o costumbre. También señaló que era preferible emplear la expresión «aceptada como derecho», tomada del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que referirse a la *opinio juris* o a otros términos utilizados en la jurisprudencia, ya que describía mejor lo que sucedía en la práctica que otras expresiones de uso común. El empleo de la expresión «aceptada como derecho» también evitaría tener que interpretar la expresión latina *opinio juris sive necessitatis*, que seguía siendo discutible.

146. A continuación, se abordaba en el informe la cuestión fundamental de la manera de probar la aceptación (o no aceptación) de la práctica como derecho. Se llegaba a la conclusión de que la aceptación podía venir indicada por la práctica o inferirse de ella, aunque se destacó que el elemento subjetivo era, no obstante, un requisito distinto de la «práctica general» que debía identificarse por separado en cada caso. El Relator Especial señaló que tal vez fuera preciso elaborar otro proyecto de conclusión para aclarar ese punto. Al igual que en el caso de la «práctica», la prueba de la «aceptación como derecho» podía adoptar diversas formas, y el informe ofrecía una lista indicativa, no exhaustiva, de tales formas.

147. El Relator Especial expresó su profundo agradecimiento por las contribuciones y el apoyo que había recibido para la elaboración del segundo informe, así como por las comunicaciones escritas sobre el tema enviadas por varios gobiernos. Señaló que en su tercer informe, que presentaría el año siguiente, se examinarían con más detalle otros aspectos relacionados con el tema y, en ese sentido, dijo que seguiría agradeciendo cualquier opinión o aportación que se hiciera a medida que la labor sobre el tema avanzase. Además de la cuestión de la interacción de los dos elementos, el Relator Especial pidió opiniones sobre la función de la práctica de los agentes no estatales, el papel de las resoluciones de las organizaciones y las conferencias internacionales, la función de los tratados (y la relación con ellos), la tarea de valorar la prueba de la práctica y la aceptación como derecho, y la manera de abordar los retos relacionados con la valoración de la práctica de los Estados y su prueba.

148. El Relator Especial también señaló que las cuestiones relativas al derecho internacional consuetudinario «especial» o «regional», incluida la «costumbre bilateral», que se habían planteado en la Sexta Comisión en 2013, se tratarían en su tercer informe, en 2015.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

149. La orientación general y el enfoque del Relator Especial recibieron un amplio apoyo. El enfoque basado en dos elementos fue acogido favorablemente de manera unánime. Hubo un amplio consenso en que el resultado de la labor debía ser un instrumento práctico de especial utilidad para los profesionales que no eran especialistas en derecho internacional. En ese sentido, se recomendó que el proyecto de conclusiones fuera claro y reflejara los matices y precisiones necesarias. También hubo un acuerdo general en que el proyecto de conclusiones no debía ser excesivamente prescriptivo y debía reflejar la flexibilidad inherente al derecho internacional consuetudinario.

150. Sin embargo, se plantearon algunas cuestiones en relación con el alcance del tema. Algunos miembros de la Comisión pidieron que se hiciera una referencia

[829] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

más directa al proceso de formación de las normas del derecho internacional consuetudinario, además del examen de la prueba del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, inquietaba a varios miembros que no se hubiera hecho un examen detallado de la relación existente entre el derecho internacional consuetudinario y otras fuentes de derecho internacional, en particular los principios generales del derecho. También se señaló que convendría examinar la relación con los usos y la cortesía.

151. Se elogiaron los esfuerzos del Relator Especial por basarse en la práctica de diferentes lugares del mundo, aunque varios miembros destacaron la dificultad de determinar qué práctica seguían los Estados en la materia. Dada la importancia fundamental de facilitar el acceso a la práctica y su disponibilidad, se consideró útil volver a pedir a los Estados que presentaran información sobre su práctica en relación con la identificación del derecho internacional, así como sobre las recopilaciones y otras publicaciones en que figurara la práctica de los Estados sobre este tema. A pesar de las dificultades para determinar la práctica de los Estados, algunos miembros recomendaron no basarse excesivamente a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en comparación con otros tribunales y cortes internacionales más especializados.

152. También hubo un intercambio de opiniones sobre la cuestión conexa de determinar en quién recaía la carga de probar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros de la Comisión debatieron acerca de si en una controversia sobre la existencia de una determinada norma, la carga de la prueba correspondía a la parte que alegaba o negaba la norma, y si era el juez quien debía adoptar medidas para determinar la prueba.

153. En general, se expresó apoyo al futuro programa de trabajo propuesto por el Relator Especial. Algunos miembros acogieron con satisfacción la propuesta de examinar la interacción entre los dos elementos del derecho internacional consuetudinario, y varios miembros pidieron que se tuvieran en cuenta en particular los aspectos temporales de la interacción. También se acogió con agrado la idea de abordar con más detalle la función de las organizaciones internacionales, así como de la costumbre regional y bilateral y la noción de «objetor persistente». Sin embargo, algunos miembros expresaron reservas respecto del ambicioso ritmo de trabajo propuesto por el Relator Especial y señalaron que el tema abarcaba muchas cuestiones complejas que debían examinarse con cautela y minuciosidad.

b) *Términos empleados*

154. Hubo un intercambio de opiniones sobre la conveniencia de incluir las definiciones de «derecho internacional consuetudinario» y de «organizaciones internacionales» propuestas en el proyecto de conclusión sobre los términos empleados. Algunos miembros dudaban de que las definiciones fueran necesarias o adecuadas, mientras que otros consideraban que las definiciones eran útiles y propusieron que también se definieran otros términos, como los dos elementos del derecho internacional consuetudinario.

155. Con respecto a la definición del derecho internacional consuetudinario propuesta por el Relator Especial en el proyecto de conclusión 2, se mantuvo un extenso debate sobre dos puntos en torno a los cuales había opiniones diferentes: la conveniencia de basar esa definición en la formulación del Artículo 38, párrafo 1 *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la de utilizar la expresión *opinio juris*. Varios miembros apoyaron la idea de basar la definición en el texto del Estatuto, aunque algunos señalaron que esta definición había sido muy criticada en la doctrina. Algunos miembros observaron que *opinio juris* era la expresión más comúnmente empleada en la jurisprudencia y la doctrina, y pidieron que se sustituyera la expresión «aceptada como derecho» por *opinio juris*, mientras que otros miembros propusieron que se incluyeran referencias a ambas expresiones. Varios miembros de la Comisión opinaron que el elemento subjetivo de la costumbre (*opinio juris*) no es sinónimo de «consentimiento» o el deseo de los Estados, sino que significa más bien que la creencia de que se sigue una práctica determinada porque se está ejerciendo un derecho o cumpliendo con una obligación con arreglo al derecho internacional.

c) *Enfoque básico*

156. Hubo acuerdo general en el enfoque básico de dos elementos para la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. En particular, la opinión de que el enfoque básico no variaba de una esfera a otra del derecho internacional en general recibió el apoyo de la mayoría de los miembros de la Comisión. No obstante, algunos miembros señalaron que parecía haber enfoques diferentes respecto de la identificación en los distintos ámbitos pero reconocieron que la variación podía ser una diferencia en la aplicación del enfoque basado en dos elementos más que un enfoque distinto.

157. A la espera del examen que realizaría el Relator Especial en su próximo informe sobre la interacción entre ambos elementos, varios miembros formularon observaciones sobre los aspectos temporales del enfoque basado en dos elementos. Preocupaba que el enfoque, tal como se articulaba en el proyecto de conclusión 3, parecía dar a entender que la «aceptación como derecho» siempre debía ir precedida de «una práctica general». Varios miembros indicaron que lo fundamental era la existencia de los dos elementos, no el orden temporal.

158. En cuanto a la valoración de la prueba de una práctica general aceptada como derecho, hubo diferentes opiniones con respecto a la frase «debe tenerse en cuenta el contexto, incluidas las circunstancias que rodean el caso» propuesta en el proyecto de conclusión 4. Algunos miembros acogieron con agrado la mención del contexto, pues indicaba que el proceso era intrínsecamente flexible, mientras que otros miembros pidieron criterios más claros y específicos. También se planteó si el enfoque propuesto para la identificación reflejaba la realidad de la práctica internacional. Se señaló que el examen exhaustivo de la práctica de los Estados y la *opinio juris* era un ejercicio excepcional, ya que la prueba de la existencia de una norma casi siempre se buscaba primero en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y la labor de la Comisión de Derecho Internacional, o en las resoluciones de la Asamblea General y los tratados.

d) *«Una práctica general»*

159. Hubo distintos puntos de vista sobre la redacción del proyecto de conclusión 5, que en su parte pertinente proponía «[…] una práctica general significa que es principalmente la práctica de los Estados la que contribuye a la creación […] de las normas de derecho internacional consuetudinario». Se sugirió que se aclarara la formulación para que la disposición indicara con precisión cuál es la práctica pertinente para determinar la existencia de «una práctica general», si bien la manera de aclararla divergía. En opinión de algunos miembros de la Comisión, el uso del término «principalmente» era inadecuado, ya que daba a entender que la práctica de entidades distintas del Estado también podía ser pertinente. Esos miembros consideraban que la práctica de las organizaciones internacionales no debía tenerse en cuenta en el proceso de identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Otros miembros estimaban que la práctica de las organizaciones internacionales solo era pertinente en la medida en que reflejara la práctica de los Estados. Sin embargo, hubo otros que estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que la práctica de las organizaciones internacionales como tal podía ser pertinente para el establecimiento de normas consuetudinarias, en particular en relación con determinadas esferas de actividad englobadas en los mandatos de esas organizaciones. Esos miembros mencionaron esferas como los privilegios e inmunidades, la responsabilidad de las organizaciones internacionales y la función de depositario de los tratados, en las que la práctica de las organizaciones internacionales era especialmente pertinente.

160. Los miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de seguir examinando en el tercer informe la función de las organizaciones internacionales en relación con la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. En la medida en que la práctica de las organizaciones internacionales podía ser pertinente, algunos miembros pidieron que se analizaran las formas concretas que podía adoptar esa práctica. Algunos miembros también señalaron que sería útil, en su caso, el estudio de la función de la práctica de los agentes no estatales.

161. Con respecto a la cuestión de la atribución del comportamiento, varios miembros propusieron que se revisara la formulación del proyecto de conclusión 6, basado en gran medida en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En opinión de esos miembros, la atribución debía concebirse de manera diferente en ese contexto, ya que, a los efectos del derecho internacional consuetudinario, la práctica pertinente debía estar autorizada por el Estado. En los casos en que un órgano actuaba *ultra vires*, se cuestionaba si ese comportamiento debía considerarse una práctica de los Estados. También se planteó, en relación con este tema, la cuestión de si el comportamiento de los agentes no estatales que actuaban en nombre del Estado constituía o no práctica pertinente.

162. Se expresó amplio apoyo a las formas propuestas del comportamiento de los Estados que podían constituir «una práctica general». En particular, varios miembros se felicitaron de que se incluyeran los actos tanto verbales como físicos, aunque algunos pidieron que se aclarase qué actos verbales eran pertinentes. Se dudaba de si los actos exclusivamente verbales podían dar lugar, por sí solos, a «una práctica general» y de si los actos verbales debían transcribirse o reproducirse. Se recomendó que el proyecto de conclusiones abordara específicamente otras formas de actos verbales, como los actos diplomáticos de reconocimiento y de protesta. También se sugirió que los actos administrativos se mencionaran de manera explícita. Por último, se debatió la pertinencia de las alegaciones ante los tribunales y cortes internacionales como práctica de los Estados.

163. En cuanto a la inclusión de la «inacción» como una forma de práctica, en general se coincidió en que la cuestión debía estudiarse más a fondo y aclararse. Varios miembros consideraban que las condiciones concretas en que la inacción cobraba interés debían examinarse y señalaron que el silencio o la inacción solo podían ser pertinentes cuando las circunstancias requerían algún tipo de reacción. También se expresó la opinión de que la inacción o el silencio podían tener mayor o menor importancia dependiendo de si la inacción se refería a una norma restrictiva o a una práctica de terceros que el propio Estado no realizaba.

164. Con respecto a la valoración de la prueba de la práctica, se plantearon dudas en cuanto al sentido exacto de la oración «[n]o existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de la práctica» que figuraba en el proyecto de conclusión 8. Varios miembros señalaron que la práctica de determinados órganos del Estado era más importante que la de otros, mientras que algunos miembros observaron que los distintos órganos estaban en mayor o menor medida facultados para reflejar la posición internacional del Estado. Se propuso que, al evaluar la práctica de un órgano, se tuviera en cuenta si su mandato estaba directamente relacionado con el contenido de la norma en cuestión y si actuaba en nombre del Estado en el ámbito internacional. También se expresó la opinión de que la práctica de los tribunales nacionales en la materia debía examinarse con cautela.

165. En cuanto a la cuestión conexa de si la falta de uniformidad en la práctica de un Estado debía disminuir el peso atribuido a la práctica de ese Estado, algunos miembros señalaron que esa falta de coherencia era material, mientras que otros opinaron que la práctica discordante de los órganos de rango inferior, o entre esos órganos, no debía incidir en el valor probatorio de la práctica de un Estado en su conjunto. También se expresó preocupación por que la formulación propuesta en el proyecto de conclusión 8 respecto de esa falta de coherencia interna era demasiado prescriptiva y mermaría la flexibilidad del proceso de identificación.

166. También se propuso que se tuvieran en cuenta otros criterios al determinar si las manifestaciones de la práctica eran válidas a los efectos de la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, se dijo que la práctica válida debía ser pública, cumplir la legislación nacional y estar relacionada de algún modo con el contenido de la norma en cuestión.

167. Hubo acuerdo general en que, para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica debía ser general y uniforme, aunque varios miembros expresaron inquietud por los términos concretos

empleados en el proyecto de conclusión 9. En opinión de algunos miembros, había que analizar con detenimiento y aclarar las expresiones «suficientemente representativa» y «suficientemente extendida». Varios miembros también propusieron incluir el término «uniforme» o la expresión «prácticamente uniforme» en esa conclusión, así como la frecuencia o repetición de la práctica. Por último, se señaló que tal vez fuera conveniente estudiar con mayor detenimiento los casos en que la práctica divergente se va a dejar de lado como una violación irrelevante de una norma existente o como una excepción en el proceso de formación.

168. El concepto de «Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados» que figuraba en el proyecto de conclusión 9, párrafo 4, fue objeto de un intenso debate. Varios miembros opinaron que el concepto era incompatible con la igualdad soberana de los Estados y no debía incluirse en el proyecto de conclusiones. Dijeron que todos los Estados están interesados en el contenido y el ámbito de aplicación, en la formación y el desarrollo, del derecho internacional general en todos los ámbitos, y como tal la práctica de todos los Estados, ya sea por acción o por inacción, es igualmente relevante. Se señaló la escasa jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia, y algunos miembros observaron que la Corte no había considerado el concepto de aplicación general y solo había determinado que la práctica de los Estados especialmente afectados debía examinarse en el contexto específico de cada caso. Otros miembros que no se oponían a incluir ese concepto en el proyecto de conclusiones subrayaron que no era una manera de otorgar un mayor peso a los Estados poderosos ni de determinar si la práctica estaba suficientemente extendida. Por último se sugirió que debía aclararse el papel que, en su caso, pudiera corresponder a los Estados especialmente afectados, incluido cualquier papel que pudiera tener ese concepto en el contexto de las normas regionales o bilaterales.

e) *«Aceptada como derecho» («*opinio juris*»)*

169. Hubo acuerdo general entre los miembros de la Comisión con respecto a la función de la «aceptación como derecho» en la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, a algunos miembros les preocupaba que la referencia a «la creencia de que se trata de una obligación jurídica» no bastara para aclarar el papel del elemento subjetivo. Se señaló que, en ese sentido, debería abordarse la función de la práctica discordante en los casos en que un Estado trataba de modificar una norma existente.

170. Con respecto a la prueba de la aceptación como derecho, se debatió la noción de que un acto (o la inacción) pudiera establecer la existencia de una práctica y su aceptación como derecho. Algunos miembros señalaron que en general la aceptación de una práctica como obligatoria en virtud del derecho no podía probarse mediante una mera referencia a la prueba de la propia práctica. En cambio, varios miembros señalaron que el denominado «doble cómputo» no les planteaba ningún problema y que la prueba de los dos elementos podía identificarse sobre la base de un examen del propio comportamiento. Se propuso estudiar más a fondo esa cuestión al examinar la interacción entre los dos elementos.

171. Se formularon algunas observaciones más sobre la prueba de la aceptación como derecho. Según algunos miembros, si bien otros no estaban de acuerdo, dicha aceptación debía ser prácticamente universal para poder establecer una norma. Otros miembros propusieron que se estudiara la función de las resoluciones de las organizaciones internacionales como posible prueba de la *opinio juris*. También se pidieron aclaraciones sobre algunos puntos. Por ejemplo, se consideró que era necesario examinar con más detenimiento los métodos utilizados para identificar la *opinio juris*, además de las formas de prueba enumeradas en el proyecto de conclusión 11. Dado el propósito práctico de la labor que se estaba llevando a cabo, sería conveniente aclarar la manera de distinguir entre las prácticas que ponían de manifiesto la aceptación como derecho y otros comportamientos. Por último, se indicó que era preciso prestar atención a la función de la valoración del elemento subjetivo por el CICR, así como por las organizaciones profesionales y los juristas.

3. Conclusiones del Relator Especial

172. El Relator Especial observó que el «enfoque de dos elementos» seguía teniendo amplio apoyo entre los miembros de la Comisión y señaló que los aspectos temporales de los dos elementos, así como la relación entre ellos, merecían un examen más profundo. También destacó el acuerdo general entre los miembros de la Comisión en que las decisiones de los tribunales y las cortes internacionales eran una fuente importante de orientación sobre el particular. En cuanto al resultado del tema, los miembros de la Comisión seguían coincidiendo en que la labor al respecto debería dar lugar a la adopción de una guía práctica para ayudar a los profesionales en la tarea de identificar el derecho internacional consuetudinario, lo que mantendría un equilibrio entre la orientación y la flexibilidad. En opinión del Relator Especial, aún no estaba clara la necesidad de abordar expresamente el aspecto relativo a la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario.

173. El Relator Especial indicó que esa guía práctica debía adoptar la forma de un proyecto conciso de conclusiones sólidas y completas que se leyera juntamente con sus comentarios. Los comentarios, que constituirían un complemento indispensable al proyecto de conclusiones, debían ser relativamente breves, y referirse únicamente a práctica, casos y doctrina fundamentales, como los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos o sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

174. El Relator Especial reiteró la importancia de la información presentada por los Estados sobre su práctica en materia de derecho internacional consuetudinario, así como la información sobre los compendios y las publicaciones conexas de los países, y señaló la utilidad para la labor de la Comisión de formular una petición a los Estados en ese sentido.

175. Con respecto a la cuestión general de qué práctica debía considerarse pertinente, el Relator Especial reconoció que se podía indicar con más claridad que el proyecto de conclusiones se refería antes que nada a la práctica de los Estados. No obstante, destacó que no podía

desestimarse la práctica de algunas organizaciones internacionales en determinadas esferas, por ejemplo, en relación con los tratados, los privilegios e inmunidades o el derecho interno de las organizaciones internacionales.

176. En cuanto a la terminología empleada en el proyecto de conclusión 1, el Relator Especial reconoció que el término «metodología» planteaba dificultades, pero señaló que no necesariamente estas se habían resuelto mediante otras propuestas formuladas durante el debate. Hizo hincapié en que el texto de esa conclusión debía indicar que su objetivo era aclarar que el propósito del proyecto de conclusiones no era tratar de identificar las normas sustantivas de derecho internacional consuetudinario, sino el enfoque para identificar esas normas. El Relator Especial también reiteró sus dudas sobre la necesidad de mantener las definiciones propuestas en el proyecto de conclusión 2 en lugar de en el comentario.

177. El Relator Especial subrayó la importancia fundamental del enfoque básico establecido en el proyecto de conclusión 3 y su preferencia por mantener la formulación empleada en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Indicó que probablemente esa formulación era más pertinente que otras expresiones comunes, ya que daba cabida a prácticas diferentes de la de los Estados y una noción amplia del elemento subjetivo. No obstante, habida cuenta de las controversias en torno a la expresión «aceptada como derecho», el Relator Especial propuso complementarla con la expresión de uso común *opinio juris*. También señaló que la opinión general era que no había enfoques diferentes respecto de la identificación de normas en los distintos ámbitos del derecho internacional, si bien se reconocía que la aplicación del enfoque básico podía variar en función de los diversos tipos de normas.

178. En cuanto al uso del término «principalmente» en el proyecto de conclusión 5, el Relator Especial aclaró que se empleó a fin de subrayar la función primordial de la práctica de los Estados, dejando abierta la posibilidad de que se tomara en consideración la práctica de las organizaciones internacionales.

179. El Relator Especial reconoció la necesidad de estudiar más a fondo si las normas sobre atribución aprobadas a los efectos de la responsabilidad de los Estados eran aplicables al contexto actual. También se refirió a la necesidad de seguir reflexionando sobre las cuestiones relacionadas con la licitud de las prácticas.

180. El amplio apoyo que había recibido el proyecto de conclusión 7, párrafos 1 y 2, era un motivo de satisfacción, en particular en lo referente a la inclusión de los actos tanto verbales como físicos. No obstante, el Relator Especial reconoció que era preciso abordar en el próximo informe las cuestiones sobre la inacción suscitadas por los párrafos 3 y 4.

181. Con respecto a la cuestión de una posible jerarquía entre las formas de la práctica y la práctica discordante dentro de un Estado, el Relator Especial aclaró que lo importante era que no existía una jerarquía «predeterminada», y que en absoluto estaba dando a entender que las acciones de los órganos inferiores tuvieran el mismo peso que la práctica de los órganos superiores.

182. El Relator Especial se felicitó del amplio apoyo que había recibido el proyecto de conclusión 9, si bien reconoció que la referencia a los «Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados» había sido polémica. Explicó que la formulación del párrafo era cautelosa y que su intención no era sugerir que la práctica de determinados Estados poderosos debía considerarse esencial para la formación de normas de derecho internacional consuetudinario. Los Estados de que se tratase podían variar de una norma a otra, y la expresión no se refería a ningún Estado en particular.

183. Con respecto a los dos proyectos de conclusión sobre «aceptada como derecho», el Relator Especial reconoció que su formulación debía ajustarse más a la de los proyectos de conclusión sobre «una práctica general». Asimismo, dijo que la cuestión del denominado «doble cómputo» de un mismo comportamiento como prueba de la práctica y *opinio juris* había de seguir examinándose, ya que los miembros de la Comisión habían expresado puntos de vista diferentes al respecto.

184. En cuanto al futuro programa de trabajo sobre el tema, el Relator Especial señaló que el tercer informe trataría, en particular, de los diversos aspectos relacionados con las organizaciones internacionales, la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los tratados, y las resoluciones de las organizaciones internacionales. En el tercer informe también se abordarían las cuestiones relativas al «objetor persistente» y la costumbre regional, local y bilateral. Asimismo, el Relator Especial subrayó la necesidad de examinar más a fondo el tema de la prueba y la cuestión conexa de la carga de la prueba.

185. El Relator Especial reconoció que el plan de presentar un informe final en 2016 con un proyecto revisado de conclusiones y sus comentarios podía ser ambicioso, pero aseguró a los miembros de la Comisión que no iba a forzar el avance de la labor en detrimento de la calidad. También propuso que, en la medida en que los proyectos de conclusión fueran aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones, por el momento se presentarían a título informativo en sesión plenaria y se examinarían oficialmente en sesión plenaria en 2015.

Capítulo XI

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS ARMADOS

A. Introducción

186. En su 65.º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados» en su programa de trabajo y nombrar Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson[830].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

187. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar de la Relatora Especial (A/CN.4/674), que examinó en sus sesiones 3227.ª a 3331.ª, celebradas del 18 al 25 de julio de 2014.

1. Presentación del informe preliminar por la Relatora Especial

188. El informe preliminar presentaba una sinopsis introductoria de la fase I del tema, a saber, las normas y los principios ambientales aplicables a un posible conflicto armado («obligaciones en tiempo de paz»). No trataba directamente de las medidas que debían adoptarse durante un conflicto armado o después de este (fases II y III, respectivamente). Para la elaboración del informe, la Relatora Especial tuvo en cuenta las opiniones expresadas durante las consultas oficiosas celebradas por la Comisión en 2013, las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como la información presentada por escrito por los Estados en respuesta a la solicitud formulada por la Comisión en su informe de 2013.

189. La Relatora Especial señaló que en el informe se examinaban, en primer lugar, algunos aspectos relativos al alcance y la metodología, y después se determinaban las obligaciones jurídicas existentes y los principios derivados del derecho internacional del medio ambiente que podrían orientar las medidas adoptadas en tiempo de paz para reducir los efectos perjudiciales para el medio ambiente de un conflicto armado. La Relatora Especial estimó que era prematuro tratar de evaluar la medida en que esas obligaciones existentes en tiempo de paz seguían aplicándose durante un conflicto armado o después de este. En el informe se observaba que, si bien algunas obligaciones, como el principio de precaución y el deber de llevar a cabo evaluaciones del impacto ambiental, encontraban obligaciones comparables en el marco del derecho internacional humanitario, esas normas distaban de ser idénticas a las obligaciones previstas en tiempo de paz. En el próximo informe se examinarían en detalle las obligaciones de la fase II.

190. En el informe también se abordaba el uso de determinados términos, así como la pertinencia del derecho internacional de los derechos humanos en este tema. La Relatora Especial señaló que se proponían proyectos de definición de los términos «conflicto armado» y «medio ambiente» para facilitar el debate, si bien no se preveía remitirlos al Comité de Redacción en el actual período de sesiones.

191. La Relatora Especial concluyó con la descripción del futuro programa de trabajo propuesto y observó que el marco temporal previsto para la labor era de tres años. El informe del próximo año sobre el derecho aplicable durante los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, contendrá un análisis de las normas existentes relativas a los conflictos armados que guarden relación con el tema, así como de su vinculación con las obligaciones en tiempo de paz. Ese informe también incluirá propuestas de directrices, conclusiones o recomendaciones sobre, entre otras cuestiones, los principios generales, las medidas de prevención y ejemplos de normas de derecho internacional que podrían seguir aplicándose durante los conflictos armados. El informe posterior, en 2016, se centrará en las medidas que se aplican con posterioridad a un conflicto y probablemente contendrá un número reducido de directrices, conclusiones o recomendaciones sobre, entre otras cuestiones, cooperación, intercambio de información y mejores prácticas, así como sobre medidas de reparación. La Relatora Especial señaló que seguiría siendo de utilidad tanto la facilitación de información por parte de los Estados con la legislación nacional pertinente como la continuación de las consultas con otras entidades internacionales y regionales.

2. Resumen del debate

a) *Observaciones generales*

192. Hubo un amplio reconocimiento de la importancia del tema y su finalidad general. En general, los miembros de la Comisión coincidieron en que la labor debía centrarse en aclarar las normas y los principios del derecho internacional ambiental aplicables en relación con los conflictos armados. Varios miembros compartieron la opinión de la Relatora Especial de que la Comisión no debía modificar el derecho de los conflictos armados. Por otra parte, algunos miembros estimaron que, en vista de que el derecho de los conflictos armados se ocupaba

[830] La decisión se adoptó en la 3171.ª sesión de la Comisión, el 28 de mayo de 2013 (véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 167). Para una sinopsis del tema, véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V.

mínimamente del medio ambiente, podría estar justificada una profundización en las obligaciones ambientales en las situaciones de conflicto armado. Se sugirió que la entidad jurídica que había que proteger en relación con este tema era el medio ambiente y que la labor sobre la cuestión debía intentar sistematizar las normas aplicables en las tres fases. También se hizo hincapié en que la Comisión no debía abordar las cuestiones básicas relativas al derecho internacional ambiental o al derecho internacional de los derechos humanos como parte del tema.

b) *Alcance y metodología*

193. El enfoque temporal de tres fases adoptado por la Relatora Especial tuvo una aceptación general, y algunos miembros indicaron que facilitaría la labor. Se observó que la distinción temporal permitiría a la Comisión centrarse en las medidas de preparación y prevención en la fase I y en las medidas de reparación y reconstrucción en la fase III. Sin embargo, otros miembros se mostraron preocupados por un seguimiento excesivamente riguroso del enfoque temporal y señalaron que la propia Relatora Especial había dejado claro en su informe que no era posible hacer una diferenciación estricta entre las fases. En primer lugar, varios miembros señalaron que no resultaba claro cómo se reflejarían las fases temporales en un resultado final coherente. Varios miembros opinaron que, al elaborar directrices o conclusiones, resultaría difícil y desaconsejable mantener una estricta diferenciación entre las fases, puesto que muchas normas pertinentes eran aplicables durante las tres fases.

194. Algunos miembros señalaron que resultaría útil adoptar un enfoque temático de la labor en lugar de uno estrictamente temporal. Se recomendó proceder al estudio del tema examinando: *a*) si hay principios o normas de derecho internacional general o ambiental aplicables a la protección del medio ambiente en el contexto de los conflictos armados; *b*) qué normas o principios se pueden adaptar a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados; y *c*) cuáles son las consecuencias jurídicas del perjuicio causado por los ataques graves contra el medio ambiente cometidos durante un conflicto armado.

195. El peso que debía darse a la fase II, a saber, las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, fue objeto de considerable debate. Varios miembros opinaron que la fase II debía ocupar el lugar central del proyecto, puesto que el examen de las otras dos fases estaba inherentemente vinculado a las obligaciones que surgen durante los conflictos armados. Según esos miembros, el derecho de los conflictos armados pertinente para la protección del medio ambiente era limitado y no reflejaba la realidad actual de los conflictos armados y el riesgo que suponen para el medio ambiente. Otros miembros subrayaron que, tal y como había propuesto la Relatora Especial, la Comisión no debía centrar su labor en la fase II, puesto que el derecho de los conflictos armados era *lex specialis* e incluía normas relativas a la protección del medio ambiente.

196. También hubo un considerable debate sobre las limitaciones del alcance. Algunos miembros estimaron que debía excluirse del tema la cuestión de las armas, tal y como había propuesto la Relatora Especial, mientras que otros adujeron que el tratamiento integral del tema conllevaría necesariamente tener en cuenta las armas. Varios miembros opinaron que se podían tratar las clases o tipos generales de armas, según fuera necesario. Se sugirió que podría aclararse que la labor sobre el tema se realizaba sin perjuicio de las normas existentes sobre determinadas armas específicas.

197. Varios miembros coincidieron en que las cuestiones relativas a los desplazados internos y los refugiados debían tratarse con cautela. Se hizo hincapié en que no debían obviarse por completo esas cuestiones, en particular en la medida en que la dimensión de los derechos humanos forma parte de la labor. Según otra opinión expresada, cabía preguntarse si esas cuestiones eran directamente pertinentes para el tema. Algunos miembros también se mostraron partidarios de la propuesta de excluir el patrimonio cultural, si bien otros miembros estimaron que la cuestión tenía importantes vínculos con el medio ambiente y que existían defectos y lagunas en el derecho existente que debían resolverse.

198. En relación con la presión del medio ambiente como causa de los conflictos armados, algunos miembros coincidieron en que debía excluirse, si bien según otra opinión expresada la cuestión resultaba de importancia y pertinencia capital y no debía obviarse.

199. Por último, se plantearon preguntas sobre la propuesta de incluir los conflictos armados no internacionales. Si bien dicha propuesta tuvo una gran acogida, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos conflictos exigiría estudiar si los actores no estatales estaban sujetos al derecho de los conflictos armados, así como a las obligaciones identificadas que surgieran en las fases I y III.

c) *Términos empleados*

200. La propuesta de elaborar definiciones prácticas para guiar los debates contó con un amplio apoyo. Con ese espíritu, se intercambiaron puntos de vista generales sobre las posibles definiciones de «conflicto armado» y «medio ambiente» presentadas en el informe. No se decidió, no obstante, si en el resultado final de la labor se incluirían definiciones.

201. La principal cuestión debatida en relación con la definición de conflicto armado fue la propuesta de incluir los conflictos entre «grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado»[831]. Varios miembros respaldaron esa propuesta. Otros consideraron que la definición debía exigir un grado mínimo de intensidad y organización entre las partes en un conflicto armado. Se recomendó que la definición dejara claro que no abarcaba las situaciones de «tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia»[832]. No obstante, a juicio de algunos

[831] Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a «Dule»*, decisión sobre la apelación de la defensa contra la decisión interlocutoria relativa a la competencia, 2 de octubre de 1995, causa n.º IT-94-1-AR72, [1994-1995] 1 ICTY JR, pág. 429, párr. 70.

[832] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, art. 8, párr. 2 *f*; y Protocolo Adicional a los Convenios de

otros miembros, sería demasiado restrictivo exigir que los conflictos armados solo puedan tener lugar entre grupos armados que demuestren un nivel mínimo de organización. También se debatió sobre las consecuencias jurídicas de los daños causados al medio ambiente en un conflicto entre actores no estatales.

202. A fin de elaborar una definición práctica de «medio ambiente», se señaló que la Comisión tendría que determinar en primer lugar si el medio ambiente tiene entidad jurídica. Algunos miembros recordaron que las definiciones del término que figuraban en el informe, por ejemplo la definición aprobada por la Comisión en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[833], no son definiciones internacionalmente aceptadas. Por ello, varios miembros opinaron que la definición práctica debía adaptarse a la finalidad específica de la labor, a saber, la protección del medio ambiente en los conflictos armados.

203. También se solicitó que se aclarara el uso de los términos «principio» y «concepto» en el informe. Se indicó que, si un «principio» era en realidad una norma jurídica, así debía constar, puesto que el término «concepto» no parece referirse a una norma jurídica, sino a una proposición de naturaleza política.

d) *Fuentes y otros materiales de consulta*

204. Se agradeció la información facilitada en el informe sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales y la labor anterior de la Comisión. Varios miembros señalaron que, para la labor sobre el tema, sería fundamental disponer de más información y aportaciones de los Estados. En concreto, se apuntó que resultaría especialmente valiosa la práctica de los Estados que hubieran participado o se hubieran visto afectados recientemente por algún conflicto armado. Coincidiendo con la Relatora Especial, una serie de miembros observaron que, a pesar de su interés y utilidad, la práctica de los Estados que figuraba en el informe podía no ser representativa en general de la práctica de los Estados en todo el mundo. Se planteó que, si bien algunos Estados podían tener una política de proteger el medio ambiente siempre que fuera posible, resultaba dudoso que las fuerzas militares de muchos otros Estados se rigieran por las leyes ambientales nacionales en caso de conflicto armado, entre otros motivos porque había numerosas excepciones por razones de seguridad nacional.

205. También se hizo una petición general para recabar más información sobre la práctica de las organizaciones internacionales y regionales en este ámbito, en particular en lo concerniente a las operaciones de mantenimiento de la paz y la protección de la población civil. En el mismo sentido, se estimaron útiles las mejores prácticas de las entidades internacionales que operan en este campo, como el CICR. Por ello, se acogieron positivamente las consultas actuales de la Relatora Especial con esas entidades.

e) *Principios y obligaciones ambientales*

206. Se agradeció la información sobre los principios ambientales que figuraba en el informe, si bien la posición general de los miembros fue que hacía falta seguir analizando la particular relación de esos principios con los conflictos armados. Algunos miembros recalcaron que la Comisión no debía intentar, como parte del tema, decidir si el «desarrollo sostenible» o el «principio de prevención» eran principios generales o normas de derecho internacional. La opinión mayoritaria fue que el tema debía centrarse directamente en la aplicabilidad de dichos principios en relación con los conflictos armados.

207. Algunos miembros opinaron que se debían estudiar en mayor medida los tratados internacionales sobre el medio ambiente. En vista de que la mayoría de estos no hacía mención alguna a su aplicabilidad en relación con los conflictos armados y de que algunos tratados indicaban expresamente que no eran de aplicación en caso de conflicto armado, era necesario seguir examinando la vigencia de los principios ambientales en el contexto de los conflictos armados. Algunos miembros también recordaron en este sentido que los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobados por la Comisión en su 63.º período de sesiones[834] no suponían que se siguieran aplicando los tratados de protección del medio ambiente, sino que concluían que determinados tratados no se suspendían ni daban por terminados *ipso facto* durante los conflictos armados. También se recordó que el artículo 10 de dichos artículos disponía que la terminación o la suspensión de un tratado no afecta a las obligaciones enunciadas en dicho tratado que también se apliquen con independencia de este.

208. Además del debate general sobre la necesidad de determinar las obligaciones en tiempo de paz pertinentes para los conflictos armados, se debatió en torno a los principios ambientales específicos presentados en el informe. Algunos miembros solicitaron que se aclarara el contenido y la vigencia del principio de precaución en relación con los conflictos armados. Según otra opinión expresada, en la medida en que regía un principio de precaución con arreglo al derecho internacional general, su vigencia en el contexto de los conflictos armados conllevaba el deber de las autoridades de no atacar objetivos civiles y de emplear los medios y métodos de guerra prestando la debida atención a la protección y la preservación del medio natural. Algunos miembros defendieron que el derecho de los conflictos armados era *lex specialis* y que, por ende, las obligaciones relativas a la precaución eran las que dimanaban de dicho derecho.

209. Se puso en tela de juicio la pertinencia para los conflictos armados de otros principios concretos enunciados en el informe. Varios miembros no consideraban que el desarrollo sostenible fuera pertinente para el tema. También se expresaron dudas similares en relación con el principio de que «quien contamina paga» y el deber de llevar a cabo evaluaciones del impacto ambiental. Sin embargo, algunos miembros defendieron seguir examinando las

Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977, art. 1, párr. 2.

[833] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67, principio 2 *b*.

[834] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 100 y 101. Los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobados por la Comisión figuran en el anexo de la resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

evaluaciones del impacto ambiental. También se apoyó la elaboración de directrices que obligaran a los Estados a preparar evaluaciones del impacto ambiental en el marco de la planificación militar, y se observó que la Corte Internacional de Justicia había concluido que dichas evaluaciones eran obligatorias con arreglo al derecho internacional general para las actividades industriales en un contexto transfronterizo[835].

f) *Derechos humanos y derechos de los indígenas*

210. Se expresaron diversas opiniones sobre la inclusión de los derechos humanos en el tema. Algunos miembros estimaron que el derecho internacional de los derechos humanos tenía una utilidad limitada para el tema, puesto que era de una naturaleza suficientemente diferente al derecho internacional ambiental. Otros miembros recomendaron que los derechos humanos siguieran formando parte de la labor. En particular, señalaron la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos que había determinado los derechos humanos aplicables en tiempo de conflicto armado, así como la jurisprudencia sobre el derecho colectivo a un entorno general satisfactorio incluido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981[836]. Se indicó que resultaría útil iniciar un análisis sustantivo que determinara con precisión qué derechos humanos están vinculados con el medio ambiente y cuáles de estos son de aplicación en relación con los conflictos armados.

211. También hubo opiniones discrepantes en torno a la conveniencia de dar a los derechos de los pueblos indígenas un tratamiento propio dentro del tema. Mientras que algunos miembros expresaron sus reservas al respecto, otros respaldaron la idea e indicaron que los pueblos indígenas gozaban de una relación especial con el medio ambiente.

g) *Programa de trabajo futuro*

212. Hubo una aceptación general de la propuesta de la Relatora Especial de que su segundo informe seguiría examinando aspectos de la fase I y abordaría la fase II, en particular analizando en qué medida los principios ambientales concretos son aplicables en relación con los conflictos armados.

213. En cuanto al resultado de la labor, varios miembros se mostraron partidarios de elaborar directrices prácticas no vinculantes, si bien podría resultar difícil concluir la labor en 2016. Otros miembros consideraron que había que seguir debatiendo cuál debería ser el resultado de la labor.

3. Observaciones finales de la Relatora Especial

214. La Relatora Especial recordó que la finalidad de su informe preliminar era recabar opiniones sobre las obligaciones en tiempo de paz, en particular las obligaciones en materia de medio ambiente y derechos humanos, antes de proceder a preparar su segundo informe y a elaborar directrices, conclusiones o recomendaciones referentes a las fases I y II.

215. En lo que al alcance y la metodología se refiere, los miembros habían expresado cierto nivel de flexibilidad respecto del alcance de la labor, si bien había habido igualmente considerable debate sobre las limitaciones del alcance propuestas. En vista de que varios miembros no querían excluir cuestiones generales relativas a las armas, la Relatora Especial reiteró que no debía abordarse el efecto de determinadas armas como cuestión independiente, dado que el derecho de los conflictos armados se ocupa de todas las armas tomando como base el mismo fundamento jurídico. La Relatora Especial acogió con agrado la posibilidad de incluir una cláusula «sin perjuicio».

216. También se observó la divergencia de opiniones respecto del tratamiento del patrimonio cultural. La Relatora Especial recordó que el medio ambiente y el patrimonio cultural estaban unidos por una compleja relación, en particular en lo concerniente a los aspectos estéticos o característicos del paisaje. También recordó que había una laguna en la protección de los bienes culturales y el patrimonio cultural en relación con los conflictos armados que debía resolverse. En vista de la complejidad de esas cuestiones, en el segundo informe se presentaría un análisis más detallado de los aspectos pertinentes.

217. Una clara mayoría de los miembros había expresado su apoyo al enfoque temporal de tres fases. Si bien algunos miembros habían propuesto un enfoque temático, la Relatora Especial recordó que el PNUMA, cuyo informe de 2009 se ocupaba específicamente de este tema[837], había adoptado un enfoque temático, que resultó ser un método de trabajo complicado a los fines del presente tema, y que dificultaría especialmente la elaboración de directrices operativas.

218. La Relatora Especial aclaró que su insistencia en que la Comisión no revisara el derecho vigente de los tratados sobre conflictos armados no debía interpretarse como una intención de obviar la fase II. Recordó que el segundo informe abordaría la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, en particular aquellas normas del derecho de los conflictos armados que pudieran contribuir a proteger el medio ambiente durante los conflictos, así como aquellas normas que pudieran crear obligaciones antes de un conflicto.

219. Tuvo lugar un útil debate sobre los términos «conflicto armado» y «medio ambiente», pero pareció coincidirse en general en que no era urgente abordar las cuestiones relativas a los términos empleados.

220. En cuanto a la existencia de evidencias de práctica de los Estados, la Relatora Especial reafirmó la necesidad de determinar si los Estados cuentan con leyes y

[835] Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 82 y 83, párr. 204.

[836] Artículo 24.

[837] PNUMA, *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law* (Protección del medio ambiente durante los conflictos armados: inventario y análisis del derecho internacional), noviembre de 2009, disponible en: www.un.org/zh/events/environmentconflictday/pdfs/int_law.pdf.

normativas vigentes para proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados. A ese respecto, la Relatora Especial reiteró que sería útil que la Comisión solicitara, una vez más, a los Estados ejemplos de casos en que el derecho internacional ambiental, incluidos los tratados regionales y bilaterales, hubiera seguido aplicándose en tiempos de conflicto armado internacional o no internacional.

221. La Relatora Especial se mostró completamente de acuerdo con los miembros que señalaron que era necesario seguir examinando los vínculos entre los principios ambientales, el derecho de los derechos humanos y los conflictos armados. También suscribió la opinión de que el desarrollo sostenible apenas era pertinente para el tema, aunque dijo que, el año anterior, algunos miembros habían pedido que se incluyera en él. Asimismo, observó que desde hacía tiempo existía una conexión política entre la guerra y el desarrollo sostenible, que se reflejaba en el principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[838]. También señaló a la atención de la Comisión la extensa labor del Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente[839].

222. En lo que al resultado de la labor se refiere, se había expresado inquietud por los actores de que se ocuparían las directrices, conclusiones o recomendaciones. Tal y como se había afirmado en el debate, era prematuro abordar en profundidad esta cuestión. Ahora bien, la Relatora Especial reconoció que el alcance de la protección y los actores estudiados variarían probablemente en cada una de las fases.

---

[838] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I, pág. 6.

[839] www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/IEEnvironment/Pages/IEenvironmentIndex.aspx.

Capítulo XII

APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

A. Introducción

223. En su 64.º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema «Aplicación provisional de los tratados» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo[840]. En el mismo período de sesiones, la Comisión tomó nota de un informe oral presentado por el Relator Especial sobre las consultas oficiosas celebradas acerca del tema y presididas por él mismo. La Comisión también decidió pedir a la Secretaría que preparase un memorando sobre la labor previa realizada por la Comisión en relación con este tema en los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

224. En su 65.º período de sesiones (2013), la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial[841], cuyo objeto era determinar, en general, las principales cuestiones jurídicas que surgían en relación con la aplicación provisional de los tratados mediante el examen de los planteamientos doctrinales del tema y un somero repaso de la práctica actual de los Estados. La Comisión tuvo también ante sí un memorando de la Secretaría[842], que detallaba la historia de las negociaciones sobre el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 tanto en la Comisión como en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969, y contenía un breve análisis de algunas cuestiones de fondo suscitadas durante su examen.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

225. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), cuyo propósito era ofrecer un análisis sustantivo de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados.

226. La Comisión examinó el segundo informe en sus sesiones 3231.ª a 3234.ª, del 25 al 31 de julio de 2014.

227. En su 3243.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2014, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparase un memorando sobre la labor previa realizada por la Comisión en relación con este tema en los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986.

1. Presentación por el Relator Especial de su segundo informe

228. Al presentar su segundo informe, el Relator Especial describió de manera general la labor de examen del tema realizada hasta la fecha. Indicó que, en respuesta a una solicitud dirigida a los Estados para que proporcionaran información sobre su práctica, había recibido comunicaciones de diez Estados. No obstante, el Relator Especial opinaba que todavía era pronto para sacar conclusiones sobre la práctica de los Estados, tomando como base las comunicaciones recibidas, y solicitó a la Comisión que reiterara su solicitud a los Estados.

229. El Relator Especial indicó que el propósito del segundo informe era ofrecer un análisis sustantivo de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados. Señaló que, si bien no había ninguna intención de realizar un análisis exhaustivo del derecho constitucional interno de los Estados, todo análisis de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados se llevaría a cabo a la luz de la práctica interna, dado que los Estados, al explicar su práctica, tendían a hacerlo remitiéndose a su práctica interna.

230. La cuestión de los efectos jurídicos de la aplicación provisional de los tratados, que era el tema central del segundo informe, era fundamental para el enfoque de la aplicación provisional de los tratados que adoptara la Comisión. Ningún análisis tendría un valor práctico para entender realmente la aplicación provisional de los tratados sin un examen de las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional de los tratados en relación con las demás partes en el tratado y con terceros Estados. El Relator Especial señaló que las observaciones recibidas de los Estados, en la Sexta Comisión y por escrito, habían puesto de manifiesto que la aplicación provisional de los tratados tenía efectos jurídicos tanto a nivel internacional como nacional. Asimismo, recordó que había habido asuntos ante tribunales internacionales en los que la controversia había estado relacionada precisamente con el alcance jurídico de la aplicación provisional de un tratado.

231. El Relator Especial observó que la fuente de las obligaciones jurídicas en cuestión podía encontrarse en una cláusula del propio tratado o surgir de un acuerdo concertado paralelamente al tratado principal. Dado que la decisión de aplicar provisionalmente un tratado podía

[840] En su 3132.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (véase *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 267). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 63.º período de sesiones (2011), con arreglo a la propuesta contenida en el anexo III del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese mismo período de sesiones (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 365 a 367, y anexo III, págs. 219 a 222).

[841] *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/664.

[842] Ibíd., documento A/CN.4/658.

manifestarse en forma expresa o tácita, la naturaleza jurídica de las obligaciones, así como el alcance de sus efectos jurídicos, dependería de lo estipulado en el tratado. En su informe, el Relator Especial señalaba cuatro formas en que podía manifestarse el artículo 25, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969: *a*) cuando el tratado establecía que se aplicaría provisionalmente desde el momento de su aprobación; *b*) cuando el tratado establecía que sería aplicado provisionalmente por los Estados signatarios; *c*) cuando el tratado dejaba abierta la posibilidad de que cada Estado decidiera si deseaba o no aplicar provisionalmente el tratado desde el momento de su aprobación; y *d*) cuando el tratado no contenía disposiciones sobre su aplicación provisional y los Estados aplicaban el artículo 25, párrafo 1. Es decir, las obligaciones contraídas a raíz de la aplicación provisional de los tratados podían revestir una forma contractual o adoptar la forma de uno o más actos unilaterales. Así pues, el análisis jurídico del efecto de los actos unilaterales era también pertinente para el estudio del origen de las obligaciones resultantes de la aplicación provisional de los tratados.

232. El Relator Especial dijo además que los derechos establecidos por la aplicación provisional de los tratados como derechos exigibles también dependerían de la manera en que la aplicación provisional se hubiera consagrado en el tratado o se hubiera acordado. Por tanto, el alcance de los derechos sería más claro en los casos en que el tratado establecía explícitamente que se aplicaría provisionalmente desde el momento de la aprobación o de la firma. En tales casos, se conocían las partes contractuales, y los Estados sabrían el alcance específico de sus derechos exigibles en relación con los demás Estados partes. El Relator Especial señaló que ese arreglo era común en el caso de la aplicación provisional de tratados bilaterales.

233. El análisis del alcance de las obligaciones se tornaba más complejo cuando un Estado decidía unilateralmente aplicar un tratado provisionalmente. En principio, el alcance de las obligaciones derivadas de la aplicación provisional no podría exceder el de las establecidas en el tratado. En el caso de una declaración unilateral, el Estado en cuestión no podría alterar o modificar el alcance y el contenido de lo abarcado por la aplicación provisional del tratado. Era importante tener en cuenta la distinción entre obligaciones de derecho interno resultantes de la aplicación provisional de los tratados y las generadas a raíz de la aplicación provisional de los tratados internacionalmente. Esa distinción era también pertinente para estudiar la exigibilidad de los derechos por parte de terceros Estados.

234. El Relator Especial sostuvo además que el régimen aplicable a la terminación de los tratados se aplicaba *mutatis mutandis* a la aplicación provisional de los tratados. Señaló que algunos Estados seguían la práctica de cumplir con las obligaciones contraídas durante un período transitorio en el que se ponía fin de manera gradual a la aplicación provisional de un tratado, de la misma manera que en el caso de la terminación del tratado mismo, y que esto era prueba de que los Estados atribuían los mismos efectos jurídicos a la terminación de la aplicación provisional de los tratados que a la terminación del tratado mismo.

235. En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un tratado que se está aplicando provisionalmente, el Relator Especial se limitó a reiterar la aplicabilidad del régimen existente relativo a la responsabilidad de los Estados, según lo previsto en los artículos de 2001 sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos[843].

2. Resumen del debate

236. Durante el debate sobre el segundo informe, se expresó amplio acuerdo con la opinión del Relator Especial de que la aplicación provisional de un tratado, aunque fuera jurídicamente distinta de la entrada en vigor del tratado, producía efectos jurídicos y podía dar lugar a obligaciones jurídicas, que eran las mismas que si el propio tratado hubiese entrado en vigor para ese Estado; esa conclusión se apoyaba tanto en la jurisprudencia como en la práctica de los Estados. No obstante, se dijo que no se había aclarado si la aplicación provisional de los tratados tenía efectos jurídicos que fueran más allá de las disposiciones del artículo 18 de la Convención de Viena de 1969. Según otra opinión, en sentido estricto, el efecto jurídico no se derivaba tanto del hecho de aplicar provisionalmente un tratado, sino más bien del acuerdo subyacente entre los Estados que se reflejaba en las cláusulas del tratado que permitían su aplicación provisional.

237. Se formularon algunas otras observaciones generales sobre las consecuencias jurídicas de la aplicación provisional de los tratados. Se dijo que la aplicación provisional de un tratado no podía dar lugar a la modificación del contenido del tratado, que los Estados (u organizaciones internacionales) que no hubieran participado en la negociación del tratado tampoco podían recurrir a su aplicación provisional, y que la aplicación provisional de un tratado no podía dar lugar a un régimen jurídico distinto e independiente del tratado. La aplicación provisional tampoco podía dar lugar a que un Estado tuviera derechos que no fueran los aceptados por los Estados y previstos en el tratado.

238. Algunos miembros apoyaron la decisión del Relator Especial de no embarcarse en un estudio comparativo de las legislaciones nacionales relativas a la aplicación provisional de los tratados. Otros opinaron que un análisis de ese tipo, enmarcado en un estudio más amplio de la práctica de los Estados, era factible y necesario para examinar adecuadamente el tema, ya que la posibilidad del recurso a la aplicación provisional de un tratado dependía también de la posición jurídica interna del Estado en cuestión. Se observó que el recurso de un Estado a una cláusula que permita la aplicación provisional no era solo una cuestión de derecho internacional, sino que debía determinarse también a la luz de la legislación nacional aplicable. También se señaló que todo estudio de la práctica de los Estados tenía que incluir la práctica legislativa, constitucional y toda otra práctica pertinente de estos. Por otra parte, se dijo que, si bien la aplicación provisional de un tratado podía tener efectos en el ordenamiento jurídico interno, ello no era pertinente para el examen del presente tema por la Comisión. También se sugirió que podía estudiarse la práctica de los depositarios de los tratados.

---

[843] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

239. Se expresaron diferentes opiniones sobre el hecho de que el Relator Especial hubiese calificado la decisión de aplicar provisionalmente un tratado como un acto unilateral. Se señaló que ese punto de vista no era compatible con el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, que disponía específicamente que la aplicación provisional se llevase a cabo en virtud de un acuerdo entre los Estados y que se trataba de un ejercicio del libre albedrío de estos. El origen de la obligación que surgía de una declaración de aplicación provisional de un tratado era el propio tratado, no la declaración, y la aplicación provisional de un tratado entrañaba una relación basada en un tratado en la que el comportamiento del Estado no era unilateral. También se dijo que era posible que un Estado declarara unilateralmente su intención de aplicar provisionalmente un tratado (y se mencionó el posible ejemplo de la supuesta aplicación provisional de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción por la República Árabe Siria).

240. Se expresó apoyo a la aplicabilidad, por analogía, del artículo 70 de la Convención de Viena de 1969, que trata de la terminación de los tratados, a la terminación de la aplicación provisional. Otros miembros señalaron que, si bien había cierto solapamiento en la posición jurídica de la terminación de los tratados y la de la aplicación provisional, ello no significaba que las mismas normas fueran de aplicación, ni siquiera *mutatis mutandis*. Según ese punto de vista, las disposiciones relativas a la terminación del tratado en cuestión tampoco eran pertinentes para la terminación de su aplicación provisional. Con arreglo a otra opinión expresada, si se determinaba que el artículo 70 sí era de aplicación, se tendría que aclarar si ello significaba que las normas y los procedimientos para la terminación de los tratados vigentes a nivel nacional se aplicarían igualmente a la terminación de su aplicación provisional. También hubo una opinión en contra de la aplicabilidad de las normas sobre los actos unilaterales de los Estados[844] a la terminación de la aplicación provisional, así como de la afirmación de que esa terminación no podía efectuarse de manera arbitraria. Según otra opinión, la posibilidad de la terminación unilateral de la aplicación provisional debería, en principio, limitarse a fin de garantizar la estabilidad de los tratados y, tras la terminación de la aplicación provisional, el principio *pacta sunt servanda* seguiría aplicándose. Otros miembros opinaron que el artículo 25, párrafo 2, preveía la terminación discrecional (con sujeción al requisito de la notificación previa).

241. En cuanto a las consecuencias derivadas del incumplimiento de una obligación de un tratado aplicado provisionalmente, se expresó apoyo a la aplicabilidad de las normas sobre la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, que, según se señaló, se había previsto en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969. También se señaló que el artículo 12 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en 2001 se refería a una obligación «sea cual fuere [su] origen o […] naturaleza», lo que podría abarcar las obligaciones derivadas de los tratados aplicados provisionalmente. Según otra opinión expresada, se debía reflexionar más sobre el asunto, en particular porque podría ser necesario realizar ciertos ajustes a las normas relativas a la responsabilidad de los Estados en el caso de un tratado aplicado provisionalmente.

242. Se sugirió seguir estudiando: si la aplicación provisional se hacía extensiva a todo el tratado, o si era posible aplicar provisionalmente solo algunas de sus partes, o incluso si únicamente era posible aplicar provisionalmente algunas partes; la relación entre la aplicación provisional de los tratados y su entrada en vigor; las modalidades de terminación de la aplicación provisional; si las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la aplicación provisional de los tratados eran las mismas que las de la Convención de Viena; y la aplicabilidad del régimen de las reservas a los tratados. También se sugirió que el Relator Especial procediera a estudiar las diferentes consecuencias derivadas de la aplicación provisional de los tratados bilaterales, en oposición a la de los tratados multilaterales. Asimismo, se apoyó la intención del Relator Especial de ocuparse de la aplicación provisional de los tratados por organizaciones internacionales.

243. Si bien se respaldó la intención del Relator Especial de proponer un proyecto de directrices o conclusiones, otra opinión expresada fue que la Comisión no debía descartar la posibilidad de elaborar un proyecto de artículos, como había hecho en su labor sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados.

3. Observaciones finales del Relator Especial

244. El Relator Especial hizo un resumen del debate sobre el segundo informe. Observó, entre otras cosas, que había habido un acuerdo general en cuanto al hecho de que la premisa básica subyacente del tema era que, con sujeción a las características específicas del tratado en cuestión, los derechos y obligaciones de un Estado que hubiera decidido aplicar provisionalmente el tratado, o algunas de sus partes, eran los mismos que si el tratado estuviera en vigor para ese Estado. Como consecuencia de ello, había acuerdo en la Comisión en cuanto al hecho de que, en principio, el incumplimiento de una obligación derivada de la aplicación provisional de un tratado constituía un hecho internacionalmente ilícito y, por ende, activaba las normas relativas a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

245. El Relator Especial recordó que las diversas manifestaciones de la aplicación provisional descritas en su informe eran meramente ilustrativas, y no excluyó la posibilidad de ofrecer otros ejemplos. Había presentado los tipos más frecuentes en la práctica para tratar de sistematizar mejor las normas aplicables a la aplicación provisional de los tratados, lo cual no se había hecho durante la negociación de lo que se convirtió en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. También había tomado nota de las diversas sugerencias formuladas acerca de la forma de llevar a cabo la labor sobre el tema, entre ellas adoptar un enfoque más inductivo y tener en cuenta no solo la práctica de los Estados, sino también la jurisprudencia y las opiniones del mundo académico.

[844] Véanse los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones, *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 176 y 177.

246. El Relator Especial confirmó que había tomado asimismo nota de las inquietudes expresadas en relación con la referencia en su análisis a la aplicabilidad de las normas sobre los actos unilaterales de los Estados. Aclaró que había tratado de destacar que se solía dejar a los Estados negociantes o contratantes decidir unilateralmente si aplicaban provisionalmente un tratado o no. Así pues, la obligación jurídica del Estado no nacía cuando se concertaba el tratado que contenía una cláusula que preveía su aplicación provisional, sino en el momento en que el Estado decidía unilateralmente recurrir a dicha aplicación provisional. El Relator Especial aclaró que, a propósito, no había calificado la declaración unilateral en cuestión como «fuente» de las obligaciones jurídicas, sino más bien como su «origen» en sentido temporal, es decir, el acto que desencadenaba la aplicación provisional.

247. El Relator Especial observó además que había tomado nota de las sugerencias de que se ocupara de determinadas cuestiones en sus informes futuros, como la posibilidad de que los Estados contratantes accedieran a la aplicación provisional por un tercer Estado aun cuando el tratado no previera expresamente la aplicación provisional; así como que realizara un estudio de la práctica de los depositarios de los tratados. Si bien señaló que había habido diferentes puntos de vista en la Comisión en cuanto a la necesidad de realizar un estudio comparativo de las legislaciones nacionales, también recordó la sugerencia de que se estudiara la aplicabilidad de los artículos 27 y 46, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1969. Indicó que esto se haría en el marco de un estudio más amplio de todos los artículos de la Convención de Viena de 1969 que podían ser de interés para la aplicación provisional de los tratados (y no solo para la terminación de los tratados).

248. El Relator Especial indicó además su intención de concluir, en su próximo informe, el análisis de las contribuciones realizadas por los Estados sobre su práctica. También tenía la intención de estudiar el régimen jurídico aplicable a los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, y entre las propias organizaciones internacionales, e indicó que propondría un proyecto de directrices o conclusiones para que la Comisión lo examinara en su próximo período de sesiones.

Capítulo XIII

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

A. Introducción

249. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «La cláusula de la nación más favorecida» (cláusula NMF) y en su 61.º período de sesiones, decidió establecer un Grupo de Estudio sobre el tema[845].

250. El Grupo de Estudio, presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera, se estableció en el 61.º período de sesiones (2009)[846] y se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62.º (2010) y 63.º (2011) bajo la misma presidencia conjunta[847]. En sus períodos de sesiones 64.º (2012) y 65.º (2013) 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[848]. En el período de sesiones de 2013, en ausencia del Sr. McRae, el Sr. Mathias Forteau desempeñó las funciones de Presidente.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

251. El 8 de julio de 2014, en la 3218.ª sesión del actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae. En su ausencia, el Sr. Mathias Forteau desempeñó las funciones de Presidente.

252. El Grupo de Estudio celebró tres reuniones, los días 9, 10 y 18 de julio de 2014.

253. En su 3231.ª sesión, el 25 de julio de 2014, la Comisión tomó nota del informe oral sobre la labor realizada por el Grupo de Estudio.

1. Proyecto de informe final

254. El Grupo de Estudio tuvo ante sí un proyecto de informe final sobre su labor general preparado por el Sr. Donald M. McRae. El proyecto de informe final, presentado como documento de trabajo oficioso del Grupo de Estudio, se basa en los documentos de trabajo y otros documentos oficiosos examinados por el Grupo de Estudio desde que comenzaron sus deliberaciones sobre este tema en 2009[849].

---

[845] En su 2997.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 354). Para una sinopsis del tema, véase ibíd., anexo II. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

[846] En su 3029.ª sesión, el 31 de julio de 2009, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 211 a 216). El Grupo de Estudio examinó, entre otras cosas, un marco que serviría de guía para la labor futura y acordó un plan de trabajo que incluía la preparación de documentos con el objetivo de aclarar en mayor medida cuestiones relativas, en particular, al alcance de las cláusulas NMF y a su interpretación y aplicación.

[847] En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio (véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 359 a 373). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009 que serviría como guía para la labor futura y acordó un programa de trabajo para 2010. En su 3119.ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral de los Copresidentes del Grupo de Estudio (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 348 a 362). El Grupo de Estudio consideró y examinó otros documentos preparados sobre la base del marco de 2009.

[848] En su 3151.ª sesión, el 27 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Estudio (*Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 244 a 265). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009. En su 3189.ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio (*Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 154 a 164). El Grupo de Estudio siguió considerando y examinando otros documentos. También examinó la jurisprudencia y la práctica actual relevantes para la interpretación de las cláusulas NMF.

[849] El Grupo de Estudio ha examinado documentos de trabajo sobre los temas siguientes: *a*) la revisión del proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida (Sr. S. Murase) (por lo que respecta al proyecto de artículos aprobado por la Comisión en 1978, véase *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74); *b*) la cláusula NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC (Sr. D. M. McRae); *c*) la cláusula NMF y el caso *Maffezini* (Sr. A. R. Perera) (por lo que respecta al caso *Maffezini c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/97/7, véase: http://icsid.worldbank.org); *d*) la labor de la OCDE en relación con la cláusula NMF (Sr. M. D. Hmoud); *e*) la labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en relación con la cláusula NMF (Sr. S. C. Vasciannie); *f*) la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones (Sr. D. M. McRae); *g*) la interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones (Sr. D. M. McRae) (este documento de trabajo es una versión reestructurada del documento de trabajo sobre la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones); *h*) el efecto de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones procesales (Sr. M. Forteau); *i*) tratados bilaterales de inversiones y tribunales mixtos: carácter jurídico de los arreglos de controversias en materia de inversiones (Sr. S. Murase); y *j*) estudio sobre la formulación de las cláusulas NMF y la jurisprudencia relacionada con el caso *Maffezini* (Sr. M. D. Hmoud). El Grupo de Estudio también ha tenido ante sí: *a*) el catálogo de disposiciones NMF (Sr. D. M. McRae y Sr. A. R. Perera); *b*) un documento oficioso, en forma de cuadro, en el que figuraban decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, acompañadas del tipo de disposición NMF que se estaba interpretando; *c*) un documento de trabajo oficioso sobre modelos de cláusulas NMF posteriores al caso *Maffezini* en que se examinaban las diversas formas en que los Estados habían reaccionado a la decisión en el caso *Maffezini*; *d*) un documento de trabajo oficioso en el que se ofrecía una sinopsis de expresiones del tipo NMF utilizadas en acuerdos de sede, en los que se confería a los representantes de los Estados ante una organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozaban los diplomáticos en el Estado anfitrión; y *e*) un documento de trabajo oficioso sobre «Los tratados bilaterales de imposición y la cláusula de la nación más favorecida».

255. El proyecto de informe final está dividido en tres partes. En la parte I se abordan los antecedentes, incluidos los orígenes y el propósito de la labor del Grupo de Estudio, la labor previa de la Comisión en relación con el proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida[850] y la evolución posterior a la conclusión del proyecto de artículos de 1978, en particular en el ámbito de las inversiones. En general la labor del Grupo de Estudio no tiene por objeto revisar ese proyecto de artículos.

256. En la parte II del proyecto de informe se aborda la actualidad de las cláusulas NMF y las cuestiones relacionadas con estas, en particular en el contexto del GATT y la OMC, otros acuerdos comerciales y los tratados de inversiones. Se ponen de relieve las cuestiones de interpretación que han planteado las cláusulas NMF en los tratados bilaterales de inversiones, a la luz del análisis del enfoque aplicado a las disposiciones relativas al trato NMF por otros organismos, como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

257. A continuación, en la parte II se pasa revista a los diferentes enfoques de la jurisprudencia para interpretar las disposiciones relativas al trato NMF en los acuerdos sobre inversiones, examinando en particular: *a*) los criterios que se deben cumplir para beneficiarse de las disposiciones NMF; *b*) la definición de trato «no menos favorable»; y *c*) el alcance de las disposiciones NMF, con especial atención en el caso *Maffezini*[851], sus limitaciones y la interpretación de las cláusulas NMF con posterioridad a dicho caso. En este contexto, el proyecto de informe procura determinar los factores que parecen haber influido en los tribunales de inversiones al interpretar las cláusulas NMF, así como identificar las tendencias.

258. En la parte III se analizan: *a*) las consideraciones de política en materia de inversión relacionadas con la interpretación de los acuerdos sobre inversiones; *b*) las consecuencias de recurrir al «arbitraje mixto» para la solución de controversias en materia de inversión; *c*) la pertinencia actual del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones relativas al trato NMF, y *d*) la interpretación de las cláusulas NMF, incluido el examen de los factores pertinentes en el proceso de interpretación para determinar si una disposición NMF de un tratado bilateral de inversiones es de aplicación a las condiciones para invocar la solución de controversias. En esa parte también se examinan las diversas maneras en que los Estados han reaccionado en su práctica convencional ante el caso *Maffezini*, entre otras formas, declarando específicamente que la cláusula NMF no es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de controversias; declarando específicamente que la cláusula NMF es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de controversias; o enumerando específicamente los ámbitos en que la cláusula NMF es de aplicación.

2. Deliberaciones del Grupo de Estudio

259. El Grupo de Estudio llevó a cabo un examen sustantivo y técnico del proyecto de informe final con miras a preparar para el próximo año un nuevo proyecto que acordará dicho Grupo. El Grupo de Estudio expresó su agradecimiento por la importante labor que había realizado el Sr. McRae al reunir los diversos aspectos relacionados con el tema en un proyecto de informe global. El Grupo de Estudio señaló que el proyecto de informe final analizaba de manera sistemática las distintas cuestiones debatidas por el Grupo desde sus comienzos, examinando la cláusula NMF en el marco más amplio del derecho internacional general y teniendo en cuenta la evolución registrada desde la aprobación del proyecto artículos de 1978.

260. El Grupo de Estudio reconoció la necesidad, como ya había anticipado el autor, de tratar de acortar el informe y actualizar algunos elementos del proyecto de informe a la luz de los casos más recientes[852].

261. El Grupo de Estudio destacó una vez más la importancia y pertinencia de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversiones. Así pues, se hizo hincapié en el análisis y la contextualización de la jurisprudencia y en la atención que debía prestarse a las cuestiones que se habían planteado y las tendencias observadas en la práctica. El Grupo de Estudio también subrayó la importancia de tener en cuenta la labor previa de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, y su labor actual sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Asimismo, puso de relieve la necesidad de preparar un documento final que tuviera utilidad práctica para los interesados en el ámbito de las inversiones y los responsables de las políticas.

262. Por último, el Grupo de Estudio consideró que el 67.º período de sesiones, en 2015, era un plazo factible para tratar de presentar a la Comisión, para su examen, un proyecto final revisado de informe, teniendo en cuenta los comentarios formulados y las modificaciones propuestas por los distintos miembros del Grupo de Estudio en el actual período de sesiones.

---

[850] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74.

[851] *Maffezini* c. *Reino de España* (véase la nota 849 *supra*).

[852] Véanse, en particular, *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, caso CIADI n.º ARB/05/1, enviado a las partes el 22 de agosto de 2012 (disponible en línea: https://icsid.worldbank.org); *Urbaser S.A. y otros c. la República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/07/26, enviado a las partes el 19 de diciembre de 2012 (ibíd.); *Teinver S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/09/1, enviado a las partes el 21 de diciembre de 2012 (ibíd.); *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, caso CIADI n.º ARB/10/1, enviado a las partes el 2 de julio de 2013 (ibíd.); y *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, caso CIADI n.º ARB/11/20, enviado a las partes el 3 de julio de 2013 (ibíd.).

Capítulo XIV

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

263. En su 3199.ª sesión, el 6 de mayo de 2014, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso[853].

264. El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. Tuvo ante sí la sección I del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/666), titulada «Otras decisiones y conclusiones de la Comisión»; la resolución 68/112 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones; y la resolución 68/116 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, así como el proyecto de marco estratégico para el período 2016-2017, que comprende el «Programa 6: Asuntos jurídicos»[854].

265. La Comisión tomó nota del proyecto de marco estratégico para el período 2016-2017, que comprende el «Programa 6: Asuntos jurídicos, subprograma 3, «Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional».

1. Inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo de la Comisión

266. En su 3227.ª sesión, celebrada el 18 de julio de 2014, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Crímenes de lesa humanidad» y nombrar Relator Especial al Sr. Sean D. Murphy.

2. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

267. En su primera sesión, celebrada el 7 de mayo de 2014, el Grupo de Planificación decidió volver a constituir durante el actual período de sesiones el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. En ausencia de su presidente, el Sr. Donald M. McRae, el Grupo de Trabajo estuvo presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud y el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. El Sr. Vázquez-Bermúdez presentó un informe oral al Grupo de Planificación, en su tercera sesión, el 28 de julio de 2014.

268. El Grupo de Trabajo recomendó que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión el tema «*Jus cogens*», tomando como base la propuesta preparada por el Sr. Dire D. Tladi.

269. El Grupo de Trabajo siguió la recomendación de la Comisión en su 50.º período de sesiones (1998) acerca de los criterios para la selección de los temas, a saber:

a) que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional;

b) que el tema esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación;

c) que el tema sea concreto y viable para el desarrollo progresivo.

La Comisión convino también en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que podría examinar también temas que reflejaran las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las cuestiones de mayor interés para la comunidad internacional en su conjunto[855].

270. La Comisión hizo suya la recomendación de que el tema se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo. La sinopsis del tema incluido por la Comisión en el actual período de sesiones en su programa de trabajo a largo plazo figura en un anexo del presente informe.

271. El Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo también examinó sus métodos de trabajo. Determinó la necesidad de llevar a cabo un examen sistemático de la labor de la Comisión y un estudio sobre posibles temas para su examen en el futuro. Recordó en particular que, desde el examen sistemático de su labor y la elaboración de un plan general ilustrativo de temas en 1996[856], no se había llevado a cabo ningún ejercicio similar en los años siguientes. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo acordó revisar y actualizar la lista de posibles temas, utilizando la lista de 1996 como punto de partida para ese propósito. Con este fin, el Grupo de Trabajo decidió recomendar que la Comisión pidiera a la Secretaría que revisara la lista de 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores y preparara una lista de posibles temas para la Comisión, acompañada de breves notas explicativas («estudio»), para el final del presente quinquenio a más tardar. El Grupo de Trabajo decidió también recomendar que no se elaboraran sinopsis amplias sobre la lista de

[853] El Grupo de Planificación estuvo integrado por: Sr. S. Murase; Sr. L. Caflisch, Sr. P. Comissário Afonso, Sr. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. M. Forteau, Sr. H. A. Hassouna, Sr. M. D. Hmoud, Sra. M. G. Jacobsson, Sr. M. Kamto, Sr. K. Kittichaisaree, Sr. A. Laraba, Sr. D. M. McRae, Sr. S. D. Murphy, Sr. B. H. Niehaus, Sr. G. Nolte, Sr. K. Gab Park, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. P. Šturma, Sr. E. Valencia-Ospina, Sr. M. Vázquez-Bermúdez, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood; y Sr. D. D. Tladi (*ex officio*).

[854] A/69/6 (Prog. 6).

[855] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 121, párr. 553.

[856] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), anexo II.

temas preparada por la Secretaría hasta que el Grupo de Trabajo estableciera una lista final, posiblemente en 2016. Mientras tanto, el Grupo de Trabajo seguiría examinando cualquier tema que los miembros propusieran.

272. La Comisión hizo suya la recomendación y, por lo tanto, pide a la Secretaría que revise la lista de 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores y prepare una lista de posibles temas («estudio»), acompañada de breves notas explicativas, para el final del presente quinquenio a más tardar.

3. Examen de la resolución 68/116 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

273. La Asamblea General, en su resolución 68/116, de 16 de diciembre de 2013, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas, reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho. Desde su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión ha venido formulando observaciones anualmente sobre sus funciones en la promoción del estado de derecho. La Comisión observa que los comentarios que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008[857] siguen siendo pertinentes y reitera las observaciones recogidas en el párrafo 231 de su informe de 2009[858], así como las que figuran en los párrafos 389 a 393 de su informe de 2010[859], los párrafos 392 a 398 de su informe de 2011[860], los párrafos 274 a 279 de su informe de 2012[861] y los párrafos 171 a 180 de su informe de 2013[862].

274. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de la Comisión. El objeto de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su estatuto, es la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

275. Teniendo presente en todos sus trabajos el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional y procura promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

276. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, en su caso, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos fundamentales para el estado de derecho como queda reflejado en el Preámbulo y en el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional[863].

277. En su labor actual, la Comisión es consciente de «la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos)»[864], sin hacer hincapié en uno a expensas del otro. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión es consciente de los retos actuales para el estado de derecho.

278. En el curso de este período de sesiones, la Comisión ha seguido aportando su contribución al estado de derecho, en particular mediante la aprobación de su proyecto de artículos definitivo sobre la «Expulsión de extranjeros»; la aprobación, en primera lectura, de un conjunto de proyectos de artículos sobre la «Protección de las personas en casos de desastre»; y la aprobación del informe final sobre el tema de «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)».

279. La Comisión también ha proseguido su labor sobre otros temas que conciernen al estado de derecho, como «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», «Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», «La protección de la atmósfera», «La protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados», «La identificación del derecho internacional consuetudinario», «La aplicación provisional de los tratados» o «La cláusula de la nación más favorecida», y ha nombrado a un Relator Especial para el tema «Crímenes de lesa humanidad».

280. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Honorarios

281. La Comisión reitera su opinión, expresada en informes anteriores de la Comisión[865], sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación de la resolución 56/272 de la Asamblea General, de 27 de marzo de 2002. La Comisión insiste en que esa resolución afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

5. Documentación y publicaciones

282. La Comisión reiteró su reconocimiento de la especial relevancia y el notable valor que tienen para su tarea las publicaciones jurídicas preparadas por la Secretaría[866]. Manifestó su reconocimiento por que la

[857] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 163 y 164.

[858] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 162.

[859] *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), págs. 216 y 217.

[860] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 194 y 195.

[861] *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 90.

[862] *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 85.

[863] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012, párr. 41.

[864] Informe del Secretario General sobre la evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos (S/2013/341), párr. 70.

[865] Véase *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 525 a 531; *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 447; *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 369; *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 501; *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 269; *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 379; *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 358; *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 240; *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párr. 396; *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párr. 399; *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), párr. 280; y *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), párr. 181.

[866] Véase *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 387 a 395.

División de Codificación hubiera logrado agilizar de manera significativa la publicación de sus obras gracias a su iniciativa de maquetación electrónica, de resultados muy satisfactorios, y con la que mejoraron enormemente la publicación oportuna y la relevancia de esas publicaciones para la labor de la Comisión durante más de un decenio. La Comisión lamentó la reducción y la posible suspensión de esta iniciativa debido a la falta de recursos y que, por consiguiente, no se distribuyeran nuevas publicaciones jurídicas en este período de sesiones. La Comisión consideraba que la continuación de esta iniciativa era imprescindible para publicar oportunamente estas publicaciones jurídicas, en particular *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*. La Comisión insistió nuevamente en el especial valor que, para su labor, tenían, por su pertinencia e importancia, las publicaciones jurídicas preparadas por la División de Codificación, y reiteró su petición de que esta le siguiera facilitando esas publicaciones.

283. La Comisión reiteró su satisfacción por que las actas resumidas de la Comisión, que constituyen una labor preparatoria indispensable del proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, no serían objeto de restricciones arbitrarias en lo que respecta a su longitud. La Comisión observó con satisfacción que las medidas experimentales para racionalizar la preparación de las actas resumidas de la Comisión implantadas en el anterior período de sesiones habían dado lugar a una remisión más expeditiva de las actas provisionales a los miembros de la Comisión para que realizaran los cambios que procedieran y la pronta publicación de la versión definitiva. La Comisión también celebró el hecho de que los nuevos métodos de trabajo habían dado lugar a una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas, sin poner en peligro su integridad.

284. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de los documentos, en Ginebra y en Nueva York, por la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados, que había contribuido a que la Comisión llevara a cabo su labor sin trabas.

285. La Comisión expresó su agradecimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que prestaba asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

6. Fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

286. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para entender la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como en el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, expresó su reconocimiento a los gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al fondo.

7. Asistencia de la División de Codificación

287. La Comisión expresó su reconocimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión y por su participación en proyectos de investigación relacionados con la labor de la Comisión.

8. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

288. La Comisión recomienda a la Asamblea General que *exprese su satisfacción* por los notables avances logrados en los últimos años en la eliminación del retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* en los seis idiomas oficiales, y que acoja con satisfacción los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias, especialmente la Sección de Edición de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, por hacer efectivo el cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General en que se insta a reducir el retraso; que *aliente* a la División de Gestión de Conferencias a prestar el apoyo constante necesario para que la Sección de Edición avance con el *Anuario*; y que *solicite* que se informe periódicamente a la Comisión sobre los progresos realizados al respecto.

9. Sitios web

289. La Comisión expresó una vez más su reconocimiento por los resultados de la labor de la Secretaría en la gestión y actualización continuas de su sitio web sobre la Comisión de Derecho Internacional[867]. Reiteró que ese y otros sitios web mantenidos por la División de Codificación[868] constituían un recurso inestimable para la Comisión así como para el círculo más amplio de especialistas que investigaban sobre sus trabajos, con lo que se contribuía a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valorase en mayor medida. La Comisión observó con satisfacción que en el sitio web sobre la labor de la Comisión figuraba información sobre la situación actual de los temas de su programa, así como versiones preliminares editadas de las actas resumidas de la Comisión. La Comisión también expresó su agradecimiento a la Secretaría por la finalización con éxito de la digitalización y la publicación en el sitio web de la colección completa de documentos de la Comisión en español, junto con la adición de una función de búsqueda de texto completo.

10. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

290. La Comisión observó con reconocimiento el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[869] para promover el conocimiento del derecho internacional y la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluida

---

[867] http://legal.un.org/ilc/.

[868] Pueden consultarse en: http://legal.un.org/ola/.

[869] Puede consultarse en: http://legal.un.org/avl/intro/introduction.html?tab=5.

la Comisión de Derecho Internacional[870]. La Comisión expresó su honda preocupación por la situación financiera, que amenazaba la continuidad y el desarrollo de este recurso educativo único que beneficiaba a todos los Estados Miembros e instó a la Asamblea General a que se ocupara del asunto.

B. Fecha y lugar del 67.º período de sesiones de la Comisión

291. La Comisión recomendó que su 67.º período de sesiones se celebrase en Ginebra del 4 de mayo al 5 de junio y del 6 de julio al 7 de agosto de 2015.

292. La Comisión consideró la posibilidad de celebrar parte de sus futuros períodos de sesiones en Nueva York y volverá a tratar esta cuestión en sus próximos períodos de sesiones.

C. Cooperación con otros organismos

293. En la 3228.ª sesión, celebrada el 22 de julio de 2014, el Magistrado Peter Tomka, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las actividades judiciales actuales de la Corte[871]. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

294. La Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO) estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. Rahmat Mohamad, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3218.ª sesión, celebrada el 8 de julio de 2014[872]. El orador informó a la Comisión sobre las actividades que estaba realizando la AALCO y ofreció una visión general de las deliberaciones de la Organización Consultiva sobre cuatro temas del programa de trabajo de la Comisión, a saber: «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», «Protección de las personas en casos de desastre», «Identificación del derecho internacional consuetudinario» y «Protección de la atmósfera». A continuación hubo un intercambio de opiniones.

295. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por su Vicepresidente, Sr. Fabián Novak, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3223.ª sesión, celebrada el 15 de julio de 2014[873]. El orador ofreció un panorama general de las actividades del Comité en 2013 sobre diversas cuestiones jurídicas que afectaban a América. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

296. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por la Presidenta del Comité, Sra. Liesbeth Lijnzaad, y la Jefa de la División de Derecho Internacional Público de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público y Secretaria del Comité, Sra. Marta Requena, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3224.ª sesión, celebrada el 16 de julio de 2014[874]. Las oradoras centraron sus intervenciones en las actividades actuales del CAHDI en el ámbito del derecho internacional público, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

297. La Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por el Embajador Cheikh Tidiane Thiam, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, acompañado por el Sr. Adewale Iyanda, Oficial Jurídico de la Oficina del Asesor Jurídico de la Comisión de la Unión Africana. Hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3230.ª sesión, celebrada el 24 de julio de 2014[875]. El orador ofreció una visión general de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

D. Representación en el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General

298. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Kirill Gevorgian, la representase en el sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General.

299. En su 3243.ª sesión, el 8 de agosto de 2014, la Comisión pidió al Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial para el tema «Protección de las personas en casos de desastre», que asistiera al sexagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, de conformidad con lo previsto en el párrafo 5 de la resolución 44/35 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989, con sujeción a la disponibilidad de fondos.

E. Seminario de Derecho Internacional

300. De conformidad con la resolución 68/112 de la Asamblea General, el 50.º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones, del 7 al 25 de julio de 2014, durante el actual

[870] Véase, por ejemplo, en el Archivo Histórico: Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, nota introductoria de Michael Wood; Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, nota introductoria de Eileen Denza; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963, nota introductoria de Juan Manuel Gómez Robledo; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, nota introductoria de Karl Zemanek; Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, 1978, nota introductoria de Anthony Aust; Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, 1997, nota introductoria de Stephen McCaffrey; artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, nota introductoria de James Crawford; artículos sobre la protección diplomática, 2006, nota introductoria de John Dugard; artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, 2011, nota introductoria de Giorgio Gaja. Véase también, por ejemplo, en la Serie de Conferencias: La inmunidad de los Estados con ocasión de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Gerhard Hafner; La labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cláusula de «la nación más favorecida», Donald M. McRae; La protección de la atmósfera y la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, Shinya Murase; La responsabilidad en el derecho internacional – Introducción, Alain Pellet; La responsabilidad internacional por el daño transfronterizo derivado de actividades peligrosas: principios sobre la asignación de la pérdida, Pemmaraju Sreenivasa Rao; La codificación del derecho sobre los acuíferos transfronterizos (aguas subterráneas) por las Naciones Unidas, Chusei Yamada.

[871] La declaración se recoge en el acta resumida de esa sesión.

[872] Ídem.

[873] Ídem.

[874] Ídem.

[875] Ídem.

período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, incluidos profesores o funcionarios jóvenes cuyo propósito es hacer carrera en el mundo académico, diplomático o funcionarial.

301. Asistieron al período de sesiones 24 participantes de diferentes nacionalidades procedentes de todas las regiones del mundo[876]. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

302. Declaró abierto el Seminario el Presidente de la Comisión, Sr. Kirill Gevorgian. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario. La coordinación científica del Seminario estuvo a cargo de la Universidad de Ginebra. Desempeñó las funciones de coordinador el Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional de la Universidad de Ginebra, con la ayuda de la Sra. Yusra Suedi, Asistente Jurídica, y el Sr. Morgan Crump, pasante de la Oficina de Enlace Jurídico de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

303. Los miembros de la Comisión que figuran a continuación pronunciaron las conferencias siguientes: Sr. Ernest Petrič: «La labor de la Comisión de Derecho Internacional»; Sra. Marie Jacobsson: «Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados»; Sr. Sean D. Murphy: «Crímenes de lesa humanidad»; Sr. Shinya Murase: «Protección de la atmósfera»; Sr. Mahmoud D. Hmoud: «Prevención del terrorismo»; Sr. Eduardo Valencia-Ospina: «Protección de las personas en casos de desastre»; Sr. Dire Tladi: «*Jus cogens*»; y Sr. Juan Manuel Gómez Robledo: «Aplicación provisional de los tratados».

304. El Sr. Jordi Agusti-Panareda, Oficial Jurídico Superior de la OIT, también pronunció una conferencia sobre «La proliferación de las disposiciones laborales en los acuerdos de libre comercio y su interacción con el sistema de normas de la OIT».

305. Los participantes en el Seminario asistieron a cuatro reuniones extramuros. Se organizó un taller sobre «La identificación del derecho internacional consuetudinario» en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, con la presencia del Sr. Michael Wood, Relator Especial sobre el tema, y bajo la presidencia del Sr. Andrea Bianchi (Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo). Se celebró una sesión especial sobre «La inmunidad y los crímenes internacionales» en la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, a cargo de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y bajo la presidencia de la Sra. Paola Gaeta (Universidad de Ginebra), con la participación de otros miembros de la Comisión. Los participantes en el Seminario también asistieron a una conferencia organizada por la Universidad de Ginebra en colaboración con la revista *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, sobre el tema siguiente: «La Comisión de Derecho Internacional y las cortes y los tribunales internacionales: ¿un diálogo fructífero?». Intervinieron en la conferencia los siguientes oradores: Sr. Eduardo Valencia-Ospina (miembro de la Comisión y Director de la revista); Sr. Shinya Murase (miembro de la Comisión), Sr. Attila Tanzi (Universidad de Bolonia (Italia)); Sr. Pierre Bodeau-Livinec (Universidad de París 8 – Vincennes Saint-Denis (Francia)); Sr. Mathias Forteau (miembro de la Comisión); Sr. Dire Tladi (miembro de la Comisión); Sr. Robert Kolb (Universidad de Ginebra); Sr. Michael Wood (miembro de la Comisión); Sr. Makane Mbengue (Universidad de Ginebra) y Sra. Laurence Boisson de Chazournes (Universidad de Ginebra). Por último, se organizó una sesión en la OMS centrada en el derecho internacional a la salud. Realizaron exposiciones el Sr. Gian Luca Burci, Asesor Jurídico de la OMS, el Sr. Steven A. Solomon, Oficial Jurídico Principal, y el Sr. Jakob Quirin, Oficial Jurídico Asociado.

306. En el Seminario se organizaron dos grupos de trabajo sobre «La protección de la atmósfera» y «La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado». Cada uno de los participantes en el Seminario fue asignado a uno de los grupos. Dos miembros de la Comisión, la Sra. Concepción Escobar Hernández y el Sr. Shinya Murase, supervisaron y ofrecieron orientación especializada a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones durante la última sesión de trabajo del Seminario. Los informes fueron compilados y se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

307. La República y Cantón de Ginebra ofreció su tradicional hospitalidad en el Ayuntamiento de Ginebra, donde los participantes en el Seminario visitaron la Sala Alabama y asistieron a un cóctel.

308. El Sr. Kirill Gevorgian, Presidente de la Comisión, el Sr. Markus Schmidt, Director del Seminario de Derecho Internacional, y el Sr. Michael Khetlha Kabai, en nombre de los participantes en él, hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura del Seminario. Todos los participantes recibieron un certificado de asistencia.

309. La Comisión tomó nota con especial reconocimiento de que, desde 2011, los Gobiernos de la Argentina, Austria, China, Finlandia, la India, Irlanda, México, el Reino Unido, la República Checa, Suecia y Suiza habían

[876] Las siguientes personas participaron en el 50.º período de sesiones del Seminario: Sr. Sattar Azizi (Irán (República Islámica del)), Sra. Diana Cucos (República de Moldova), Sr. Tommaso Di Ruzza (Santa Sede), Sr. Christian Djeffal (Alemania), Sra. Marie Françoise Fernandez (Francia), Sr. Harouna Garba Hamani (Níger), Sra. Daniela Gauci (Malta), Sra. Lusine Hakobyan (Armenia), Sra. Ritta Raundjua Hengari (Namibia), Sr. Ata Hindi (Estado de Palestina), Sr. Michael Khetlha Kabai (Sudáfrica), Sra. Hermine Kembo Takam Gatsing (Camerún), Sr. Piotr Kobielski (Polonia), Sr. Senthil Kumar (India), Sr. Suzgo Lungu (Malawi), Sr. Pablo Andrés Moscoso De La Cuba (Perú), Sr. Luis Xavier Oña Garcés (Ecuador), Sr. Mohamed Hassam Negm (Egipto), Sr. Alberto Manuel Poletti Adorno (Paraguay), Sra. Lucía Raffin (Argentina), Sra. Silvana Schimanski (Brasil), Sra. Ryoko Shinohara (Japón), Sr. Benjamin Santorlino Kuron Tombe (Sudán del Sur) y Sr. Fajar Yusuf (Indonesia). El Comité de Selección, presidido por la Sra. Laurence Boisson de Chazournes, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, se reunió el 3 de abril de 2014 y seleccionó a 25 candidatos de entre 143 solicitudes. Uno de los candidatos seleccionados no pudo asistir al Seminario.

hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. Aunque la reciente crisis económica afectaba a las contribuciones, la situación del Fondo todavía permitía conceder un número suficiente de becas a candidatos de mérito, especialmente procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. Este año se concedieron becas (6 de viaje y manutención, 7 de manutención exclusivamente y 1 de viaje exclusivamente) a 14 candidatos.

310. Desde 1965, año en el que se empezó a celebrar, han asistido al Seminario 1.139 participantes de 171 nacionalidades. De ellos, 699 han recibido becas.

311. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda a la Asamblea General que haga un nuevo llamamiento a los Estados para que aporten contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2015 cuente con la más amplia participación posible.

F. Conmemoración del 50.º aniversario del Seminario de Derecho Internacional

312. La Comisión celebró una reunión para celebrar el 50.º aniversario del Seminario el 22 de julio de 2014. La reunión coincidió con la visita a la Comisión del Magistrado Peter Tomka, Presidente de la Corte Internacional de Justicia. El tema de la reunión fue «El derecho internacional como profesión». El Presidente de la Comisión, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia[877], miembros de la Comisión que habían participado en alguna ocasión en el Seminario[878], un miembro de la Comisión relacionado con el Seminario en sus inicios[879], el Director del Seminario[880] y representantes de los participantes en las sesiones de 2013 y 2014[881] del Seminario de Derecho Internacional formularon declaraciones.

---

[877] Participante en 1982.

[878] Sr. E. J. A. Candioti (1970), Sr. S. Murase (1975), Sr. N. Singh (1980), Sr. C. M. Peter (1984) y Sr. P. Šturma (1989).

[879] Sr. E. Valencia-Ospina.

[880] Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

[881] Sra. Carolina Abreu (2013) y Sr. Christian Djeffal (2014).

Anexo

JUS COGENS

(Sr. Dire D. Tladi)*

A. Introducción

1. A lo largo de los años, la Comisión ha llevado a cabo una importante labor en relación con las fuentes del derecho internacional, en particular en la esfera del derecho de los tratados. El proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, que dio lugar a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, es un gran ejemplo de la tarea realizada por la Comisión en el ámbito de las fuentes del derecho internacional[1]. El programa de trabajo actual de la Comisión contiene temas relacionados con las fuentes, como los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, la identificación del derecho internacional consuetudinario y la aplicación provisional de los tratados. La atención que presta la Comisión a las fuentes es apropiada porque las fuentes son un tema tradicional del derecho internacional y las cuestiones relativas a las fuentes son uno de los aspectos fundamentales del derecho internacional[2].

2. En este contexto, se propone que la Comisión estudie otro tema relacionado con las fuentes: el *jus cogens*. El título del estudio debe ser amplio para que la Comisión pueda abordar todos los aspectos pertinentes, en el entendimiento de que tendría que definir cuidadosamente el ámbito de aplicación y los límites del proyecto en una etapa temprana.

B. Examen previo del *jus cogens* por la Comisión

3. Aunque el concepto de *jus cogens* es anterior al establecimiento de la Comisión[3], la contribución de esta a su aceptación y desarrollo ha sido fundamental. En el proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, la Comisión incluyó tres proyectos de artículo sobre el *jus cogens*, a saber, los proyectos de artículo 50, 61 y 67. Esas disposiciones se mantuvieron, aunque con algunas modificaciones, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969[4]. A pesar de su inclusión en la Convención de Viena, los límites y efectos jurídicos del *jus cogens* siguen estando mal definidos y siendo polémicos. Aunque son muchos los casos en que se invoca el *jus cogens*, hasta la fecha sigue habiendo poca jurisprudencia en que se recurra al *jus cogens* para cuestionar la validez de un tratado. Por consiguiente, si bien en la actualidad el reconocimiento del *jus cogens* como parte de la estructura moderna del derecho internacional apenas suscita controversias[5], su naturaleza concreta, las normas que se consideran de *jus cogens* y las consecuencias del *jus cogens* en el derecho internacional siguen sin estar claras. En ese contexto, Andreas Jacovides, antiguo miembro de la Comisión, presentó en 1993 un documento a un grupo de trabajo del Grupo de Planificación sobre la inclusión del *jus cogens* como posible tema de la Comisión. En ese documento, el Sr. Jacovides formuló la observación que figura a continuación y cuya esencia sigue vigente hoy en día:

> En casi un cuarto de siglo desde la aprobación de la Convención [de Viena de 1969] no han surgido normas autorizadas para determinar el contenido legal exacto del *jus cogens* o el proceso mediante el cual las normas jurídicas internacionales pueden alcanzar la calidad de imperativas[6].

4. Pese a los argumentos expuestos por el Sr. Jacovides para la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión, esta decidió no hacerlo. El Sr. Bowett, Presidente en aquel momento del Grupo de Trabajo que

---

* Documento preparado con la asistencia en la labor de investigación de los pasantes siguientes: Chad Remus (de la New York University (NYU), pasantía realizada en 2013), Eric Brandon (de la NYU, pasantía realizada en 2014) y Duy-Lam Nguyên (del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra (IHEID), pasantía realizada en 2014). Se agradece asimismo la asistencia de Marija Đorđeska (doctoranda del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, George Washington University).

[1] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, págs. 195 y ss. Entre otros trabajos más recientes llevados a cabo por la Comisión en la esfera del derecho de los tratados cabe citar la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones, en 2011 (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 25 y ss.) y los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, aprobados por la Comisión en el mismo período de sesiones (ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 118 y ss.). La Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados figura en el anexo de la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013. Los artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados figuran en el anexo de la resolución 66/99 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

[2] Véase el anexo I del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 63.º período de sesiones (*Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte)), pág. 201, párr. 1.

[3] Sobre el desarrollo histórico del *jus cogens*, véase A. Gómez Robledo, *El ius cogens internacional (Estudio histórico-crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, págs. 9 a 68.

[4] El *jus cogens* se incluyó por primera vez en la labor de la Comisión en el tercer informe de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial sobre el derecho de los tratados, con el título «Licitud del objeto» (*Anuario… 1958*, vol. II, documento A/CN.4/115, págs. 28 y 29).

[5] Ya en el proyecto de artículos de 1966, la Comisión señaló que «[l]a opinión de que […] no hay ninguna norma de derecho internacional de la cual no puedan prescindir a su arbitrio los Estados en sus acuerdos, resulta cada vez más difícil de sostener» (*Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 271, comentario al artículo 50, párr. 1).

[6] *Anuario… 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/454, pág. 238, párr. 2. De manera análoga, en el informe del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», de 2006, se señalaba a propósito del *jus cogens* que «el desacuerdo sobre su fundamento teórico, su ámbito de aplicación y su contenido sigue tan amplio como siempre» (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1], párr. 363; disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones; el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte)).

examinó la propuesta, al explicar los motivos por los que no era conveniente incluir el tema, expresó dudas acerca de si el examen del *jus cogens* por la Comisión resultaría útil en esos momentos. Llegó a la conclusión de que, dado que aún no había práctica suficiente sobre el *jus cogens*, sería prematuro que la Comisión iniciara ese tipo de estudio. Ese razonamiento es comparable a los motivos aducidos por la Comisión en su comentario al artículo 50 del proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados. En el párrafo 3 del comentario, la Comisión afirmó lo siguiente:

> La aparición de normas con carácter de *jus cogens* es relativamente reciente, aunque el derecho internacional se encuentra en un proceso de rápida evolución. La Comisión estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *jus cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales[7].

5. Hay dos observaciones que cabe hacer sobre las decisiones anteriormente adoptadas por la Comisión de no elaborar disposiciones detalladas sobre todo el contenido y el funcionamiento del *jus cogens*. En primer lugar, tanto la declaración del Sr. Bowett como el comentario de la Comisión al proyecto de artículo 50 confirman que la Comisión consideraba que aún había margen para que el *jus cogens* siguiera desarrollándose[8]. En segundo lugar, tanto de la declaración del Sr. Bowett como del comentario de la Comisión se desprende que la Comisión estimó, en ambas ocasiones, que no se podían elaborar disposiciones detalladas sobre el *jus cogens* hasta que la práctica relacionada con ese tema se hubiera desarrollado más. En su conjunto, el comentario al proyecto de artículo 50 y la declaración del Sr. Bowett sugieren que ahondar en las normas relativas al *jus cogens* sería posible y tal vez deseable si se dispusiera de una práctica suficiente en la que basar la labor de la Comisión.

6. En el período transcurrido entre el proyecto de artículos de 1966 y la propuesta presentada en 1993 por el Sr. Jacovides la práctica se ha desarrollado a un ritmo rápido. En particular, los tribunales nacionales e internacionales se han remitido a menudo al *jus cogens* y, de ese modo, han proporcionado información sobre algunos de los entresijos de su formación, funcionamiento, contenido y consecuencias o efectos[9]. A veces los Estados también se han remitido al *jus cogens* para sustentar posiciones que propugnan[10]. La propia Comisión, en el marco del examen de otros temas, también ha contribuido de manera significativa a ese desarrollo. Por ejemplo, el artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 establece que las circunstancias que excluyan la ilicitud en virtud del proyecto de artículos no podrán invocarse para justificar una conducta que no esté en conformidad con el *jus cogens*. El comentario a ese proyecto de artículo contiene una lista no exhaustiva de normas de *jus cogens*[11]. Además de repetir la lista que figura en el comentario al proyecto de artículo 26, el informe del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», de 2006, recoge una lista de «las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *jus cogens*»[12]. La Guía de la Práctica sobre

---

[7] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 271.

[8] En el párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 50, la Comisión señaló que, en esos momentos, convenía enunciar la regla en términos generales «y dejar que el contenido de esa regla se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales» (ibíd.).

[9] Véanse, por ejemplo, las causas *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss.; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss.; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss.; y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss. Véase, en especial, la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade en la causa *Jurisdictional Immunities of the State* (págs. 179 y ss.) y la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal (págs. 63 y ss.) y las opiniones disidentes de los Magistrados Oda (págs. 46 y ss.), Al-Khasawneh (págs. 95 y ss.) y del Magistrado *ad hoc* Van den Wyngaert (págs. 137 y ss.) en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000.* Véase asimismo el asunto *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], demanda n.º 35763/97, 21 de noviembre de 2001, ECHR 2001-XI. Véase también la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Lauterpacht en la causa *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 325 y ss., en particular págs. 440 y 441, párrs. 100 a 104; y la causa *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,* ex parte *Pinochet Ugarte* (N.º 3), Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, ILR, vol. 119 (2002), págs. 135 y ss.

[10] Véanse, por ejemplo, la exposición del abogado de Bélgica en la causa *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, procedimiento oral, 13 de marzo de 2012 (CR 2012/3), párr. 3, y la exposición del abogado del Senegal en la misma causa, procedimiento oral, 15 de marzo de 2012 (CR 2012/4), párr. 39; véase también la contramemoria del Senegal en la misma causa, párr. 51 (disponibles en: www.icj-cij.org, *Cases*). De manera análoga, aunque Alemania intentó limitar los efectos del *jus cogens* en la causa *Jurisdictional Immunities of the State*, en su propia exposición no solo no se cuestionaba la existencia del *jus cogens* sino que se afirmaba sin ambages que algunas normas eran de *jus cogens* (véase, por ejemplo, la memoria de la República Federal de Alemania, de 12 de junio de 2009, en la que se afirma que «[n]o cabe duda, por ejemplo, de que el *jus cogens* prohíbe el genocidio» (párr. 86), disponible en: www.icj-cij.org, *Cases*). Véase asimismo la declaración de Sudáfrica de 26 de octubre de 2009 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 15.ª sesión*, A/C.6/64/SR.15, párrs. 69 y 70) sobre el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones (véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte)) citada en el segundo informe del Relator Especial, Sr. Roman Kolodkin, sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (*Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, pág. 431, párr. 9, en especial nota 13). El 28 de octubre de 2013, en el examen por la Sexta Comisión del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 65.º período de sesiones (véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte)), Portugal destacó que el *jus cogens* era un tema de «máxima importancia» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 17.ª sesión*, A/C.6/68/SR.17, párr. 88).

[11] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001. Véase el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 26, en el que la Comisión, en términos inequívocos, establece que «[e]sas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación» (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 91).

[12] A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1] (véase *supra* la nota 6 de este anexo), párr. 374. Véase también el párrafo 33 de las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 200).

las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en 2011 también contiene un análisis detallado de los efectos del *jus cogens* en la permisibilidad y las consecuencias de las reservas[13].

C. Elementos de *jus cogens* en decisiones judiciales

7. Aunque la labor llevada a cabo por la Comisión ha contribuido a mejorar la comprensión del *jus cogens*, el punto de partida de cualquier estudio en la materia sigue siendo la Convención de Viena de 1969. A partir de dicha Convención se desarrollan los elementos básicos de la naturaleza, los requisitos y las consecuencias del *jus cogens*. De conformidad con la Convención de Viena, el *jus cogens* son las normas imperativas de derecho internacional general, que se definen como *a*) normas *b*) aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto *c*) que no admiten acuerdo en contrario[14]. La consecuencia de que una norma alcance el rango de *jus cogens* es que todo tratado que esté en oposición con ella se convertirá en nulo[15].

8. Esta formulación aborda algunos aspectos clave que, antes de la Convención de Viena, podían no haber estado claros. Por ejemplo, la formulación trata una cuestión importante relativa a la naturaleza del *jus cogens*. En su concepción original, el *jus cogens* se consideraba una fuente no consensual del derecho proveniente del derecho natural[16]. Si bien el artículo 50 del proyecto de artículos de 1966 puede haber dejado abierta esta cuestión al definir simplemente el *jus cogens* como «una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario»[17], el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, añade los calificativos de «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto», dando así a entender que la aceptación por el conjunto de los Estados es un requisito del *jus cogens*.

9. Lo que el artículo 53 de la Convención de Viena no especifica es el proceso por el que una norma de derecho internacional general se convierte en imperativa, ni cómo se identifican esas normas. Entre las preguntas que surgen a este respecto se encuentran el significado y las implicaciones de «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto». Por ejemplo, el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional se preguntaba en 2006: «¿Consiste el *jus cogens* en limitar lo que puede ser convenido legalmente por los Estados – puede su contenido simultáneamente sujetarse a lo que es convenido entre Estados?»[18]. Además, aunque la formulación aborda un aspecto básico de las consecuencias para los tratados, deja abiertas otras cuestiones relativas a las consecuencias, incluidas las consecuencias para otras normas no contenidas en los tratados[19]. Ello no solo se refiere a la forma en que las normas de *jus cogens* interactúan con otras normas de derecho internacional, como las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sino también a las consecuencias de la vulneración de una norma de *jus cogens*[20]. El trabajo previo de la Comisión, incluidos los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, podría arrojar luz sobre algunas de esas preguntas[21]. El artículo 26, por ejemplo, establece que las causas de exclusión de la ilicitud previstas en los artículos no podrán aducirse para justificar un hecho que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa[22].

10. Como se ha señalado antes, el *jus cogens* se ha invocado en varios fallos tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la Corte Internacional de Justicia, así como en algunas opiniones disidentes y separadas de diversos magistrados[23]. No obstante, en causas

[13] Véanse, por ejemplo, los comentarios a los proyectos de directriz 3.1.5.4 y 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones (*Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte), págs. 239 a 241 y 311, respectivamente). Véase también *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (*supra* nota 9 de este anexo), opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard (sobre el efecto de las reservas que vulneran el *jus cogens*), párr. 9. Véase además el párrafo 8 de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, y su comentario, *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 182.

[14] Artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

[15] Artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969.

[16] Véase, por ejemplo, A. von Verdross «Forbidden treaties in international law: comments on Professor Garner's report on "The Law of Treaties"», AJIL, vol. 31, n.º 4 (1937), pág. 571.

[17] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 271.

[18] A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1] (véase *supra* la nota 6 de este anexo), párr. 375.

[19] Ibíd., párr. 367.

[20] Ibíd.

[21] Véanse, por ejemplo, el artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su comentario en relación con el posible conflicto entre una norma secundaria de la responsabilidad de los Estados, en particular las causas que excluyen la ilicitud, y una norma imperativa de derecho internacional, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 90 y 91.

[22] Véanse, en especial, los párrafos 3 y 4 del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, ibíd., pág. 90.

[23] En el informe sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682 y Corr.1 [y Add.1] (véase *supra* la nota 6 de este anexo)), el Grupo de Estudio enumera diversas opiniones de los Magistrados sobre el *jus cogens*, incluidas las siguientes: causa *Oscar Chinn*, *1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63* (opinión separada del Magistrado Schücking, pág. 149); *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, fallo de 28 de noviembre de 1958, *I.C.J. Reports 1958*, págs. 55 y ss. (opinión separada del Magistrado Moreno Quintana, págs. 106 y ss.); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss. (opinión separada del Magistrado Padilla Nervo y disidente del Magistrado Sörensen, págs. 97 y 248, y opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 182); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss. (opinión separada del Magistrado Ammoun, pág. 304); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo (véase *supra* la nota 9 de este anexo) (opinión separada del Presidente Nagendra Singh, pág. 153, y opinión separada del Magistrado Sette-Camara, págs. 199 y ss.); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993 (véase *supra* la nota 9 de este anexo) (opinión separada del Magistrado *ad hoc* Lauterpacht, pág. 440); *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, medidas provisionales, providencia de 2 de junio de 1999, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 916 y ss. (opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Kreća, págs. 965 a 973, párrs. 10 a 17); *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase *supra* la nota 9 de este anexo) (opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh, pág. 96, párr. 3); *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*,

anteriores, la Corte no había tratado de aclarar la naturaleza, los requisitos, el contenido o las consecuencias del *jus cogens*, y se había contentado con referirse a él. Un ejemplo típico al respecto son las observaciones de la Corte Internacional de Justicia sobre la prohibición del uso de la fuerza en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*[24]. La Corte observó que los Estados a menudo se refieren a la prohibición del uso de la fuerza como «un principio fundamental o esencial del derecho [internacional consuetudinario]», que la Comisión ha señalado que «las disposiciones de la Carta relativas a la prohibición» son un «ejemplo destacado de normas de derecho internacional de *jus cogens*» y que las dos partes en la causa aluden a su condición de *jus cogens*[25]. No obstante, la propia Corte no afirmó expresamente que, a su entender, la prohibición del uso de la fuerza era una norma de *jus cogens*.

11. Sin embargo, en algunas causas más recientes, la Corte se ha mostrado más dispuesta a considerar determinadas normas como *jus cogens* y a ahondar más en los entresijos del *jus cogens*. Por ejemplo, en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Corte afirmó que «la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*jus cogens*)»[26]. Además, la Corte señaló que la prohibición se «basaba en una práctica internacional generalizada y en la *opinio juris* de los Estados», que figuraba «en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal», que «se ha incorporado al derecho interno de casi todos los Estados» y que «los actos de tortura se denuncian de manera habitual en los foros nacionales e internacionales»[27].

12. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte tuvo en cuenta diversos aspectos del *jus cogens*, incluida su relación con la inmunidad soberana de jurisdicción. Sostuvo que, dado que las normas sobre la inmunidad y las posibles normas de *jus cogens* del derecho de los conflictos armados «se ocupan de cuestiones diferentes», no había ningún conflicto entre ellas[28]. Según la Corte, las inmunidades son de carácter procesal y regulan el ejercicio de la jurisdicción nacional respecto de un determinado comportamiento, no la licitud del comportamiento prohibido por el *jus cogens*. Por tanto, la inmunidad y el *jus cogens* no pueden entrar en conflicto[29]. La Corte establece una distinción clara entre la prohibición sustantiva de un comportamiento del Estado que constituya *jus cogens* y la inmunidad procesal de jurisdicción nacional de que gozan los Estados, al entender que operan en planos distintos y, por consiguiente, no pueden entrar en conflicto, ni siquiera en los casos en que «no existía ningún medio por el que se pudiera aplicar una norma de *jus cogens*»[30]. Además de abordar la cuestión de la relación entre la inmunidad y el *jus cogens*, el fallo de la Corte también da a entender que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad constituye *jus cogens*[31]. La Corte adopta una visión similar de la relación entre el *jus cogens* y las normas procesales en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, en la que determinó que la relación de un asunto con una norma de *jus cogens*, en ese caso la prohibición del genocidio, «no justifica por sí sola que la Corte sea competente para conocer de la controversia»[32]. Se podría interpretar que el argumento de la Corte en esas causas parece indicar que las normas internacionales no relacionadas con la licitud del comportamiento subyacente no se ven afectadas por el hecho de que la prohibición de esa conducta sea *jus cogens*. En cualquier caso, en esas causas recientes se aborda la relación entre el *jus cogens* y otras normas de derecho internacional de una manera que podría ayudar a la Comisión a sistematizar las normas del derecho internacional en ese ámbito.

fallo, *I.C.J. Reports 2003*, págs. 161 y ss. (opinión separada del Magistrado Buergenthal, pág. 279, párr. 23). Véase también el laudo arbitral dictado en el asunto *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil)*, ILM, vol. 21, n.º 5 (1982), págs. 976 y ss., en particular pág. 1021, párr. 90. Véase asimismo *Azanian People's Organisation (AZAPO) and Others v. Truth and Reconciliation Commission and Others*, *The South African Law Reports 1996 (4)*, págs. 562 y ss., en particular pág. 574.B [1996 (4) SA 562 (C), 574B].

[24] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo (véase *supra* la nota 9 de este anexo), pág. 100, párr. 190.

[25] Ibíd.

[26] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en particular pág. 457, párr. 99.

[27] Ibíd.

[28] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase *supra* la nota 9 de este anexo), párrs. 92, 95 y 97. Véanse también el párrafo 64 del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (*supra* nota 9 de este anexo) sobre las consecuencias del *jus cogens* en la jurisdicción, y el párráfo 64 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Al-Adsani* (*supra* nota 9 de este anexo). Véase además *Jones and Others v. the United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 14 de enero de 2014, demandas n.os 34356/06 y 40528/06, ECHR 2014, párr. 198, que determina que «en febrero de 2012 no se había consolidado ninguna excepción de *jus cogens* a la inmunidad del Estado».

[29] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase *supra* la nota 9 de este anexo), párr. 93. Como posición contraria, véanse la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade en la misma causa, la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (*supra* nota 9 de este anexo) y las opiniones disidentes de los Magistrados Oda y Al-Khasawneh y del Magistrado *ad hoc* Van den Wyngaert también en esta última causa. Con respecto a las decisiones de los tribunales nacionales, en *Jurisdictional Immunities of the State*, la Corte se refirió a decisiones del Canadá, Eslovenia, Grecia, Nueva Zelandia, Polonia y el Reino Unido, donde la inmunidad soberana se reconocía incluso frente a las denuncias de infracciones del *jus cogens* (*Jurisdictional Immunities of the State*, párr. 96). Por lo que respecta a los Estados Unidos, los tribunales intermedios han rechazado una excepción implícita a la inmunidad soberana en los casos en que se acusa al Estado extranjero de infringir normas de *jus cogens*. Véanse *Siderman de Blake v. Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); *Princz v. Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); *Smith v. Libya*, 101 F.3d 239 (2d Cir. 1997); y *Sampson v. Germany*, 250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001). En cuanto a la inmunidad de los funcionarios, véase *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620, 625-27 (7th Cir. 2004); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9, 14-15 (2d Cir. 2009); y *Giraldo v. Drummond Co.*, 493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012) (donde se reconoce la inmunidad de los funcionarios extranjeros a pesar de las acusaciones de infracción del *jus cogens*), en contraste con *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012) (donde se deniega la inmunidad).

[30] *Jurisdictional Immunities of the State* (véase *supra* la nota 9 de este anexo), párr. 95.

[31] Ibíd., en referencia al fallo dictado en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000*.

[32] *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (véase *supra* la nota 9 de este anexo), pág. 32, párr. 64.

D. Cuestiones jurídicas que se examinarán

13. La Comisión podría hacer una contribución útil al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional analizando la situación del derecho internacional en materia de *jus cogens* y elaborando una declaración autorizada sobre la naturaleza del *jus cogens*, los requisitos para considerar una norma como *jus cogens* y las consecuencias o los efectos del *jus cogens*. La Comisión también podría ofrecer una lista ilustrativa de las normas de *jus cogens* existentes. Así pues, el examen del tema por la Comisión podría centrarse en los elementos siguientes:

a) la naturaleza del *jus cogens*;

b) los requisitos para la identificación de una norma como *jus cogens*;

c) una lista ilustrativa de las normas que han alcanzado el rango de *jus cogens*; y

d) las consecuencias o los efectos del *jus cogens*.

14. Con respecto a la naturaleza del *jus cogens*, la Convención de Viena de 1969 define el *jus cogens* como una norma de derecho positivo basada en el consentimiento. Esa definición también ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia en varios fallos, como el de la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, en la que, al argumentar la conclusión de que la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, la Corte señaló que la prohibición se basaba en «la práctica internacional generalizada y la *opinio juris* de los Estados» y añadió que «figura en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal» y «se ha incorporado al derecho interno de casi todos los Estados»[33]. La Corte también afirmó que «los actos de tortura se denuncian de manera habitual en los foros nacionales e internacionales»[34]. La definición del *jus cogens* en términos de derecho positivo como una norma basada en la aceptación de los Estados puede apartarse de un entendimiento anterior, sustentado en el pensamiento del derecho natural[35]. El estudio de la naturaleza del *jus cogens* también permitiría que la Comisión examinara el tipo de normas que han adquirido hasta el momento el rango de *jus cogens*, a fin de determinar si las normas de *jus cogens* presentan características comunes. En un estudio de la naturaleza del *jus cogens* también se abordaría, por ejemplo, la relación entre el *jus cogens* y el derecho internacional consuetudinario, así como la distinción entre el *jus cogens* y otros conceptos posiblemente conexos, como los derechos inderogables establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y las obligaciones *erga omnes*[36].

15. Los requisitos para que una norma adquiera el rango de *jus cogens* se detallan en el artículo 53 de la Convención de Viena. No obstante, la Comisión tiene margen para determinar elementos que podrían utilizarse para indicar que una norma, además de ser una disposición de derecho internacional general, ha alcanzado el rango de *jus cogens*. Un estudio de las causas en que cortes o tribunales determinaron la existencia de *jus cogens* podría ayudar a la Comisión a establecer el modo de formación y los criterios para la identificación de las normas de *jus cogens*. Por ejemplo, las razones expuestas por la Corte en la causa *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* para decir que la prohibición de la tortura forma parte del *jus cogens* podrían ser una orientación útil en la tarea de buscar requisitos específicos para la identificación del *jus cogens*[37]. Las declaraciones de los Estados, en la medida en que no se limiten a sugerir que una norma u otra es de *jus cogens*, también podrían ayudar a la Comisión en esta labor. Una cuestión relacionada con el tema es el proceso mediante el que las normas de *jus cogens* son reemplazadas por normas ulteriores de *jus cogens*, con arreglo a la definición que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena.

16. La propuesta también conlleva la elaboración de una lista ilustrativa de las normas que actualmente cumplen los requisitos para ser *jus cogens*. Esa lista se basaría en un estudio de los fallos de la Corte Internacional de Justicia y de otras cortes y tribunales, así como en la labor llevada a cabo previamente por la Comisión, en particular los comentarios al artículo 50 del proyecto de artículos de 1966, los comentarios al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los comentarios a la directriz 3.1.5.4 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados. Sería importante que en la lista que preparase la Comisión se especificara con claridad que no se trata de una lista cerrada. Cabe temer que una lista, aunque se elabore con todo cuidado, pueda llevar a la conclusión de que es excluyente. Aunque ello siempre es posible, esa preocupación no debe magnificarse. Unicamente es preciso insistir en que no solo hay que elaborar la lista ilustrativa con cuidado, sino que el comentario debe ser suficientemente claro para evitar malentendidos.

17. Por último, en el estudio también se deben abordar los efectos y las consecuencias del *jus cogens*, incluido el efecto jurídico del *jus cogens* en otras normas de derecho internacional. Aunque los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena exponen las consecuencias del *jus cogens* para la validez de los tratados, no se abordan los efectos jurídicos del *jus cogens* en otras normas. Varias decisiones

---

[33] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase *supra* la nota 26 de este anexo), pág. 457, párr. 99.

[34] Ibíd.

[35] Véase, por ejemplo, A. Jacovides, *International Law and Diplomacy: Selected Writings*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, pág. 18. Véase también *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, decisión de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 y ss., en especial pág. 136, párr. 44 (donde se da a entender que las normas de *jus cogens* pueden desarrollarse como una costumbre o mediante la formación de un principio general del derecho). Véase también *Siderman de Blake v. Argentina*, 965 F.2d en la pág. 715 (*supra* nota 29 de este anexo) (donde se argumenta que el *jus cogens* dimana de los valores fundamentales de la comunidad internacional más que de las decisiones de los Estados).

[36] Por ejemplo, en el comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966 se aclara que «[t]ampoco sería correcto decir que una disposición de un tratado tiene carácter de *jus cogens* únicamente porque las partes hayan estipulado excluir toda excepción a dicha disposición, de suerte que cualquier otro tratado incompatible con esa disposición sería nulo» (*Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 271, párr. 2).

[37] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase *supra* la nota 26 de este anexo), pág. 457, párr. 99.

recientes de la Corte, en particular en las causas relativas a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* y a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, se ocupan de la relación entre el *jus cogens* y las normas procesales y secundarias del derecho internacional[38]. Además de la inmunidad del Estado y de los funcionarios, los tribunales internacionales han examinado otras posibles consecuencias, como la inmunidad de las organizaciones internacionales, la relación con las resoluciones del Consejo de Seguridad, el efecto de las normas de prescripción y los efectos en los tratados de extradición[39]. Trabajos previos de la Comisión, en particular el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, así como los párrafos 324 a 409 del informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, también contienen información relevante para el estudio de los efectos del *jus cogens* en otras normas de derecho internacional. El examen de los efectos y las consecuencias del *jus cogens* probablemente será la parte más complicada del estudio y requerirá un análisis detenido de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales.

E. El *jus cogens* cumple los criterios para la selección de nuevos temas

18. El *jus cogens* cumple los criterios para la selección de nuevos temas establecidos por la Comisión, a saber: que el tema refleje las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, que esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación, y que sea concreto y viable[40].

19. El tema es importante para los Estados, ya que promueve una mayor claridad sobre el *jus cogens*, su formación y sus efectos. En varias controversias recientes entre Estados han estado en juego normas de *jus cogens* o posibles normas de *jus cogens*[41]. Si bien los Estados a menudo estaban de acuerdo en que las normas en cuestión tenían rango de *jus cogens*, la controversia solía estar relacionada con el efecto de las normas de *jus cogens* en otras normas de derecho internacional. La aclaración de algunos aspectos jurídicos del *jus cogens* podría facilitar la resolución de controversias internacionales[42]. Como sucede con el tema del derecho internacional consuetudinario, aclarar las normas de *jus cogens* resultaría especialmente útil para los jueces nacionales y otros juristas no expertos en derecho internacional que pueden tener que aplicar el derecho internacional, incluido el *jus cogens*. En particular, el estudio podría proporcionar directrices útiles para los tribunales nacionales sobre la manera de identificar las normas de *jus cogens* y la interacción de esas normas con otras de derecho internacional. Como se desprende de la práctica reciente antes descrita, el tema está en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica para permitir la codificación y el desarrollo progresivo, y es concreto y viable.

F. Conclusión

20. No se cuestiona realmente que el *jus cogens* forme parte del derecho internacional moderno. No obstante, el contenido, los efectos y los límites precisos del *jus cogens* siguen siendo objeto de controversia. La Comisión podría contribuir de manera significativa a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional examinando los elementos señalados.

21. Los resultados de la labor de la Comisión sobre el tema pueden adoptar formas muy diversas. No obstante, en la presente etapa, un proyecto de conclusiones con comentarios parecería la forma más apropiada. Las conclusiones, aunque tengan un contenido normativo mínimo, también habrían de redactarse de manera que no obstaculizaran el desarrollo del *jus cogens* ni socavaran su efecto normativo.

---

[38] Véanse *Jurisdictional Immunities of the State* (*supra* nota 9 de este anexo), págs. 140 y 141, párr. 94, y *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (*supra* nota 9 de este anexo), págs. 31 y 32, párr. 64. Véase también, en general, E. de Wet, «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, págs. 541 a 561.

[39] Véase *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* (dec.), demanda n.º 65542/12, ECHR 2013 (extractos) (donde se establece que el *jus cogens* no prevalece sobre la inmunidad de las organizaciones internacionales). Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993 (*supra* nota 9 de este anexo), págs. 440 y 441, párrs. 100 a 104. Véase asimismo *Prosecutor v. Furundžija*, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, causa n.º IT-95-17/1-T, [1998] 1 ICTY JR, págs. 466 y ss., en particular pág. 572, párr. 157 (donde se menciona la falta de una norma sobre prescripción y no se reconoce la exención de los delitos políticos en los tratados de extradición en relación con los delitos de tortura considerados vulneraciones del *jus cogens* como dos posibles consecuencias de la contravención del *jus cogens*).

[40] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 121, párr. 553.

[41] Véanse, por ejemplo, las causas *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (*supra* nota 26 de este anexo), *Jurisdictional Immunities of the State* (*supra* nota 9 de este anexo) y *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (*supra* nota 9 de este anexo).

[42] En el examen del informe de la Comisión celebrado en el período de sesiones de 2013 de la Sexta Comisión de la Asamblea General, varias delegaciones se mostraron favorables a que se examinara el tema del *jus cogens*. Portugal, por ejemplo, destacó que el tema era de «máxima importancia». Véase el acta resumida de la 17.ª sesión de la Sexta Comisión, 28 de octubre de 2013 (A/C.6/68/SR.17) (*supra* nota 10 de este anexo), párr. 88. La República Islámica del Irán también expresó su apoyo al examen del tema: véase el acta resumida de la 26.ª sesión de la Sexta Comisión, 5 de noviembre de 2013 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión*, A/C.6/68/SR.26), párr. 4.

Referencias

A. Comisión de Derecho Internacional

Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión en su 18.º período de sesiones (1966), con comentarios, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, págs. 195 y ss.

Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional: *Jus cogens*, por el Sr. Andreas Jacovides, *Anuario… 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/454, págs. 238 a 245.

Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones (2001), con comentarios, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 195 a 202.

Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe del Grupo de Estudio de la Comisión completado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones (el texto definitivo se publicará como una adición del *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte)).

Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión en su 63.º período de sesiones (2011), con comentarios, *Anuario… 2011*, vol. II (tercera parte).

B. Causas y asuntos

1. Corte Internacional de Justicia

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), fondo, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss.

2. Otras cortes y tribunales

Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], demanda n.º 35763/97, 21 de noviembre de 2001, ECHR 2001-XI.

Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 10 de septiembre de 1993 (reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 15.

Azanian People's Organisation (AZAPO) and Others v. Truth and Reconciliation Commission and Others, *The South African Law Reports 1996 (4)*, págs. 562 y ss. [1996 (4) SA 562 (C)].

Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998 (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C n.º 36.

Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal, decisión de 31 de julio de 1989, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), págs. 119 y ss.

Giraldo v. Drummond Co., 493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012) (Estados Unidos).

Matar v. Dichter, 563 F.3d 9 (2d Cir. 2009) (Estados Unidos).

Prosecutor v. Furundžija, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, causa n.º IT-95-17/1-T, [1998] 1 ICTY JR, págs. 466 y ss.

Southern African Litigation Centre and Another v. National Director of Public Prosecutions and Others, Tribunal Superior de Sudáfrica (asunto n.º 77150/09, sin publicar), sentencia de 8 de mayo de 2012 (Sudáfrica).

Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands (dec.), demanda n.º 65542/12, ECHR 2013 (extractos).

The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (Aminoil), ILM, vol. 21, n.º 5 (1982), págs. 976 y ss.

Ye v. Zemin, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004) (Estados Unidos).

Yousuf v. Samantar, 699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012) (Estados Unidos).

C. Bibliografía

BASSIOUNI, M. Cherif: «International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4 (1996), págs. 63 a 74.

BENNEH, E. Y.: «Sovereign immunity and international crimes», *University of Ghana Law Journal*, vol. 22 (2002-2004), págs. 112 a 160.

BIANCHI, A.: «Human rights and the magic of *jus cogens*», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3 (2008), págs. 491 a 508.

BRUNNÉE, J.: «The prohibition on torture: driving *jus cogens* home?», *Proceedings of the 104th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 24-27, 2010*, Washington, DC, págs. 454 a 457.

BYERS, M.: «Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66 (1997), págs. 211 a 239.

CANÇADO TRINDADE, A.: «*Jus cogens* in contemporary international law», Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (www.un.org/law/avl).

CASSESE, A.: «For an enhanced role of *jus cogens*», en A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, págs. 158 a 171.

CHARLESWORTH, H.: «Law-making and sources», en J. CRAWFORD y M. KOSKENNIEMI (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, 2012, págs. 187 a 202.

CHINKIN, C.: «*Jus cogens*, Article 103 of the UN Charter and other hierarchical techniques of conflict solution», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), págs. 63 a 82.

CZAPLINSKI, W.: «Concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* in international law in the light of recent developments», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 23 (1997-1998), págs. 87 a 97.

DANILENKO, G. M.: «International *jus cogens*: issues of law-making», *European Journal of International Law*, vol. 2 (1991), págs. 42 a 65.

D'AMATO, A.: «It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*!», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n.º 1 (1990), pág. 1.

DE HOOGH, A. J. J.: «The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: peremptory norms in perspective», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* (Austrian Journal of Public and International Law), vol. 42 (1991), págs. 183 a 214.

DE WET, E.: «*Jus cogens* and obligations *erga omnes*», en D. SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, págs. 541 a 561.

— y J. VIDMAR (eds.): *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012.

DUPUY, P.-M.: «Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martti Koskenniemi», *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 1 (2005), págs. 131 a 137.

FOCARELLI, C.: «Promotional *jus cogens*: a critical appraisal of *jus cogens'* legal effects», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), págs. 429 a 459.

GLENNON, M. J.: «De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*)», *Revue générale de droit international public*, vol. 110 (2006), pág.529.

GÓMEZ ROBLEDO, A.: *El* ius cogens *internacional (Estudio histórico-crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, págs. 9 a 68.

— «Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1981-III*, pág. 9.

HANNIKAINEN, L.: *Peremptory norms (*jus cogens*) in international law: historical development, criteria, present status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publishing Company,1988.

JACOVIDES, A.: *International Law and Diplomacy: Selected Writings*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011.

JANIS, M. W.: «The nature of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n.º 2 (1988), pág. 359.

KAWASAKI, K.: «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), págs. 27 a 43.

KOLB, R.: *Théorie du* ius cogens *international. Essai de relecture du concept*, París, Presses Universitaires de France, 2001.

— «*Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative"», *Revue générale de droit international public*, vol. 109 (2005), pág. 305.

— «Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens*», *Revue générale de droit international public*, vol 113 (2009), pág. 837.

KORNICKER UHLMANN, E. M.: «State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11, n.º 1 (1998), pág. 101.

MERON, T.: «On a hierarchy of international human rights», AJIL, vol. 80 (1986), págs. 1 a 23.

Nieto-Navia, R.: «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», en L. C. Vohrah y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, págs. 595 a 640.

O'Connell, M. E.: «*Jus cogens*: international law's higher ethical norms», en D. E. Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge University Press, 2012, págs. 78 a 98.

Orakhelashvili, A.: *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, 2006.

Paust, J.: «The reality of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, n.º 1 (1991), págs. 81 a 85.

Pellet, A.: «Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), págs. 83 a 90.

Saul, M.: «Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges», *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2015), págs. 26 a 54.

Shelton, D.: «Normative hierarchy in international law», AJIL, vol. 100, n.º 2 (2006), págs. 291 a 323.

Suy, E.: «1969 Vienna Convention. Article 53: treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("*jus cogens*")», en O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, pág. 1224.

Tomuschat, C., y J. -M. Thouvenin (eds.): *The Fundamental Rules of the International Legal Order:* Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff, 2006.

Verdross, A. von: «Forbidden treaties in international law: comments on Professor Garner's report on "The Law of Treaties"», AJIL, vol. 31, n.º 4 (1937), págs. 571 a 577.

—: «*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law», AJIL, vol. 60, n.º 1 (1966), págs. 55 a 63.

Verhoeven, J.: «Sur les "bons" et les "mauvais" emplois du *jus cogens*», *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 1 (2008), págs.133 a 160.

Vidmar, J.: «Rethinking *jus cogens* after *Germany v. Italy*: back to article 53?», *Netherlands International Law Review*, vol. 60, n.º 1 (2013), págs. 1 a 25.

Virally, M.: «Réflexions sur le «*jus cogens*»», *Annuaire français de droit international*, vol. 12 (1966), págs. 5 a 29.

Weil, P.: «Towards relative normativity in international law?», AJIL, vol. 77 (1983), págs. 413 a 442.

Whiteman, M. M.: «*Jus cogens* in international law, with a projected list», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, n.º 2 (1977), pág. 609.

Yee, S.: «*Jus cogens* at the International Court of Justice», Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2012 (de próxima publicación).

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 66.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/665	Programa provisional del 66.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en la página 18 *supra*.
A/CN.4/666	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/667	Primer informe sobre la protección de la atmósfera, del Sr. Shinya Murase, Relator Especial	Reproducido en *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/668 [y Corr.1] y Add.1	Séptimo informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/669 y Add.1	Expulsión de extranjeros: comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Ídem.
	Información adicional recibida de la Unión Europea (inglés solamente), no incluida en el documento A/CN.4/669 y Add.1	Mimeografiado.
A/CN.4/670	Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Reproducido en *Anuario… 2014*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/671	Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Sr. Georg Nolte, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/672	Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, del Sr. Michael Wood, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/673	Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/674 [y Corr.1]	Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de la Sra. Marie G. Jacobsson, Relatora Especial	Ídem.
A/CN.4/675	Segundo informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.831	Protección de las personas en casos de desastre: textos y títulos de los proyectos de artículo aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura	Mimeografiado.
A/CN.4/L.832	Expulsión de extranjeros: textos y títulos de los proyectos de artículo aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura	Ídem.
A/CN.4/L.833	Acuerdos ulteriores y práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados: textos y títulos de los proyectos de conclusión 6 a 10 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 66.º período de sesiones de la Comisión	Ídem.
A/CN.4/L.834	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/69/10). El texto definitivo figura en la página 17 *supra*.
A/CN.4/L.835	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 66.º período de sesiones)	Ídem, pág. 19 *supra*.
A/CN.4/L.836	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem, pág. 21 *supra*.
A/CN.4/L.837 y Add.1/ Rev.1	Ídem: capítulo IV (Expulsión de extranjeros)	Ídem, pág. 23 *supra*.

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.838 y Add.1	Ídem: capítulo V (Protección de las personas en casos de desastre)	Ídem, pág. 65 *supra*.
A/CN.4/L.839	Ídem: capítulo VI (La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*))	Ídem, pág. 99 *supra*.
A/CN.4/L.840 y Add.1 a 3	Ídem: capítulo VII (Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados)	Ídem, pág. 115 *supra*.
A/CN.4/L.841	Ídem: capítulo VIII (Protección de la atmósfera)	Ídem, pág. 146 *supra*.
A/CN.4/L.842 y Add.1	Ídem: capítulo IX (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem, pág. 154 *supra*.
A/CN.4/L.843	Ídem: capítulo X (Identificación del derecho internacional consuetudinario)	Ídem, pág. 160 *supra*.
A/CN.4/L.844	Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*): Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), informe final	Mimeografiado.
A/CN.4/L.845	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones: capítulo XI (Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/69/10). El texto definitivo figura en la página 167 *supra*.
A/CN.4/L.846	Ídem: capítulo XII (Aplicación provisional de los tratados)	Ídem, pág. 172 *supra*.
A/CN.4/L.847	Ídem: capítulo XIII (La cláusula de la nación más favorecida)	Ídem, pág. 176 *supra*.
A/CN.4/L.848	Ídem: capítulo XIV (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem, pág. 178 *supra*.
A/CN.4/L.849	Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.850	La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: texto de los proyectos de artículo 2 *e* y 5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/SR.3198 - A/CN.4/SR.3243	Actas resumidas provisionales de la sesiones 3198.ª a 3243.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario… 2014*, vol. I.

ISBN 978-92-1-130354-4

Printed at United Nations, Geneva – 1812968 **(S)** – November 2019 – 94