



Asamblea General

Sexagésimo sexto período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
16 de marzo de 2012
Español
Original: inglés

Sexta Comisión

Acta resumida de la 26ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el martes 1 de noviembre de 2011, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Petr Válek (República Checa)

Sumario

Tema 81 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones (*continuación*)

Tema 143 del programa: Administración de justicia en las Naciones Unidas (*continuación*)

La presente acta está sujeta a correcciones. Dichas correcciones deberán enviarse, con la firma de un miembro de la delegación interesada y *dentro del plazo de una semana a contar de la fecha de publicación*, al Jefe de la Sección de Edición de Documentos Oficiales, oficina DC2-750, 2 United Nations Plaza, e incorporarse en un ejemplar del acta.

Las correcciones se publicarán después de la clausura del período de sesiones, en un documento separado para cada Comisión.



En ausencia del Sr. Salinas Burgos (Chile), el Sr. Petr Válek (República Checa), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 10.05 horas.

Tema 81 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63° período de sesiones (continuación)
(A/66/10 y Add.1¹)

1. **El Presidente** invita al Secretario de la Comisión a que informe sobre las medidas adoptadas por el Secretario General, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 7 de la resolución 65/26, con respecto a la identificación de opciones para apoyar la labor de los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional.

2. **El Sr. Mikulka** (Secretario de la Comisión), hablando en su calidad de Director de la División de Codificación, recuerda que el Secretario General ya ha presentado dos informes en los que se pone de relieve la importancia de los relatores especiales para la labor de la Comisión y se ofrece una visión general de la asistencia prestada a la Comisión y sus relatores especiales por la División de Codificación (A/64/283 y A/65/186). La información contenida en esos informes sigue siendo válida. Durante el período más reciente sobre el que se informa, la Secretaría siguió prestando asistencia a los relatores especiales en relación con los temas examinados en el 63° período de sesiones de la Comisión.

3. En los dos informes anteriores, el Secretario General reconoció los problemas enfrentados por los relatores especiales en su labor y señaló que, en años anteriores, en reconocimiento de su función única habían recibido subsidios de investigación en forma de honorarios con carácter excepcional. Los correspondientes pagos no tenían por objeto compensar sus servicios sino más bien reconocer, de forma simbólica, su inestimable contribución a la labor de la Comisión. La Comisión ha destacado repetidas veces los efectos de la resolución 56/272 de la Asamblea General, en la que esta fijó en 1 dólar de los Estados Unidos por año todos los honorarios pagaderos a los miembros de la Comisión, incluidos los relatores especiales. Volvió a plantear la cuestión en su informe sobre su 63° período de sesiones (A/66/10, párrafos

399 y 400), subrayando que la decisión de la Asamblea compromete el apoyo a la labor de investigación de los relatores especiales. El examen de cualquier opción relacionada con los honorarios entra en el ámbito de competencia de los órganos legislativos y, como se indica en el párrafo 24 del informe del Secretario General de 2010 (A/64/283), el asunto debe considerarse en el contexto general de la resolución 56/272.

4. **La Sra. Tveiten** (Noruega), hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), dice que los informes del Relator Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado ofrece una visión general de las cuestiones pertinentes y constituirá una buena base para la labor futura. El concepto de soberanía está relacionado estrechamente con el de igualdad entre los Estados, y ambos se reflejan en la máxima *par in parem non habet imperium*, según la cual ningún Estado soberano puede reclamar la jurisdicción sobre otro. Esos conceptos han cristalizado normalmente en obligaciones jurídicas positivas dimanantes del derecho internacional consuetudinario. No obstante, en las deliberaciones que llevaron a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes en 2004, se reconocieron varias novedades relevantes en materia de derecho, como la idea de que el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de un Estado sobre transacciones comerciales entre sus personas naturales o jurídicas y otro Estado no puede interpretarse como una amenaza para la independencia soberana y la igualdad de este último Estado. Dado que las normas de derecho internacional consuetudinario varían con el tiempo, deberían analizarse más de cerca nuevas realidades que podrían arrojar luz sobre el alcance *ratione materiae* de los actos realizados por los funcionarios del Estado en el desempeño de sus funciones. Los requisitos para gozar de inmunidad *ratione personae* también deberían examinarse a la luz del desarrollo del derecho internacional, en particular el relativo a los delitos internacionales de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

5. La inmunidad de los funcionarios del Estado no debe equipararse a la impunidad o la falta de responsabilidad. En virtud de los artículos 6 y 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se estableció que el principio de derecho internacional que protege a los representantes de un

¹ Pendiente de publicación.

Estado bajo ciertas circunstancias no se puede aplicar a los actos condenados como crímenes por el derecho internacional, y que los autores de tales actos, ya sean jefes de Estado o funcionarios del gobierno, no pueden escudarse en su cargo oficial para eludir el castigo. El fallo del Tribunal y los principios de derecho internacional reconocidos por su Estatuto fueron confirmados en la resolución 95 (I) de la Asamblea General, aprobada el 11 de diciembre de 1946, que sigue siendo pertinente desde el punto de vista normativo. Aunque el Estatuto se refería al establecimiento de una forma particular de jurisdicción internacional, el principio establecido en él tiene carácter general; por lo tanto, no puede haber duda acerca de la posible responsabilidad personal de los funcionarios del Estado que participan en crímenes de lesa humanidad y otros crímenes graves tipificados en el derecho internacional.

6. En su informe preliminar (A/CN.4/601), el Relator Especial interpretó que su mandato no incluía la inmunidad de jurisdicción penal internacional, enfoque que los países nórdicos consideran de todo punto pertinente. No obstante, importantes acontecimientos relacionados con la justicia penal internacional han contribuido significativamente a la elaboración de normas y la aclaración de las reglas que definen el alcance del derecho a invocar las inmunidades. Así, la justicia penal internacional influye en la situación general del derecho en materia de inmunidades. Por supuesto, las consideraciones prácticas exigen un enfoque coherente de las cuestiones relativas a la inmunidad, como, por ejemplo, cuando una causa se remite de un tribunal internacional a un tribunal nacional. Con todo, el examen del tema debe tener en cuenta las reglas relativas a la inmunidad de jurisdicción internacional y no únicamente las aplicables en la jurisdicción del Estado del foro. La Comisión debería tener plenamente en cuenta la resolución 95 (I) y otras fuentes de derecho internacional, incluyendo no solo los convenios internacionales sino también las decisiones de los tribunales internacionales y nacionales, como parte de un amplio movimiento hacia el reconocimiento de los crímenes de derecho internacional. Una de las prioridades importantes de su labor debería ser promover el aumento de la coherencia del derecho internacional, teniendo en cuenta los principales acontecimientos y su cristalización con el tiempo.

7. Los gobiernos de los países nórdicos están de acuerdo con el Relator Especial en que la inmunidad de

un funcionario del Estado emana fundamentalmente de la inmunidad del Estado, en que la inmunidad es la regla general y en que la ausencia de inmunidad en un caso en particular es la excepción a esa regla. Sin embargo, la regla que se ha aplicado para determinar las excepciones a la inmunidad es quizás demasiado estricta. Los enfoques constructivistas que no toman plenamente en cuenta las importantes novedades en el campo del derecho internacional deben evitarse. Como señalaron los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el fallo de 2002 de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, la noción de jurisdicción permisible y el derecho en materia de inmunidad evolucionan constantemente, opinión que contrasta con el enfoque más estático que se refleja claramente en los informes del Relator Especial.

8. El enfoque del Relator Especial para definir el alcance de la inmunidad *de lege lata* es el más acertado que se puede adoptar a la hora de preparar un proceso de redacción futuro, siempre que sus conclusiones promuevan el amplio apoyo necesario. La oradora se declara complacida de que se hayan tenido en cuenta algunas importantes fuentes de derecho recientes, como las aclaraciones ofrecidas por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*. Cabe acoger con especial beneplácito la incorporación de las observaciones de la Corte de que la inmunidad de funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado o de Gobierno o los ministros de relaciones exteriores ha de ser reclamada activamente por los funcionarios del Estado de origen. Otra idea interesante que puede derivarse del fallo de la Corte es la posible correlación entre la invocación por un Estado de la inmunidad de uno de sus funcionarios y la asunción automática por él de responsabilidad por cualesquiera hechos internacionalmente ilícitos cometidos por ese funcionario. El Relator Especial parece haber reconocido esa correlación al argumentar, en el párrafo 24 de su informe, que no hay razones objetivas para hacer una distinción entre la atribución de un comportamiento a efectos de la responsabilidad y a efectos de la inmunidad. Ese argumento parece inherentemente lógico; sin embargo, es posible que haya razones para distinguir entre esa presunción y la determinación definitiva de responsabilidad; en efecto, los propósitos subyacentes de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hechos

internacionalmente ilícitos y las normas relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado son muy distintos.

9. La labor futura de la Comisión sobre el tema debería reflejar el enfoque bien estructurado y sólido desde el punto de vista analítico de los informes presentados hasta ahora pero debería complementarse con un análisis más funcional, en particular de la distinción entre los hechos y situaciones en que la inmunidad es necesaria para que los Estados puedan actuar libremente y sin injerencias a nivel interestatal y aquellos en que la inmunidad no es necesaria para ese fin.

10. En lo que respecta al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), los Estados nórdicos comparten la opinión del Relator Especial de que el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad sirve de base a la obligación de extraditar o juzgar y confían en que la labor de la Sexta Comisión sobre el tema responda al objetivo común de luchar contra la impunidad, que es un objetivo político fundamental de sus Gobiernos. Junto con el principio de la jurisdicción universal, la obligación de extraditar o juzgar sirve para asegurar que no habrá cobijo para los autores de crímenes internacionales. La aclaración de las normas del derecho internacional sobre la cuestión contribuirá a maximizar los efectos y el cumplimiento de las obligaciones establecidas por las reglas en vigor y servirá de base para determinar en qué aspectos podrían hacer falta normas adicionales. Como ponen de manifiesto los comentarios de la Comisión y del Relator Especial, hay importantes diferencias de opinión sobre cuestiones fundamentales relativas a las fuentes de la obligación y la existencia de una obligación general de cooperar; esas diferencias se tienen en cuenta en la versión revisada del proyecto de artículo 2 (Obligación de cooperar), que figura en el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/648).

11. Su delegación considera probable que exista una base en el derecho internacional consuetudinario para una obligación de extraditar o juzgar, pero es preciso analizar más a fondo los delitos específicos y determinar los delitos fundamentales que dan lugar a la obligación. La Comisión podría realizar ese análisis a la espera de que la Corte Internacional de Justicia dicte su fallo en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*. Los Gobiernos de los países nórdicos están abiertos a que se estudie, con una base más sólida, el posible

desarrollo progresivo del derecho internacional sobre la materia y destaca la importancia de que la Comisión siga prestando atención al tema en el quinquenio que comienza en 2012.

12. Pasando al tema de los tratados en el tiempo, señala su relación con varios otros temas, en particular el de la fragmentación del derecho internacional. Una comprensión de la manera en que distintos órganos judiciales hacen uso de los acuerdos y la práctica ulteriores podría ofrecer una visión más amplia de la aplicación coherente y la interpretación integrada de los tratados en consonancia con los principios que se reflejan en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los países nórdicos son partidarios de que los órganos judiciales utilicen con mayor frecuencia la norma general de interpretación de los tratados enunciada en ese artículo y de que prosiga el debate sobre la medida en que el carácter de algunos tratados podría influir en el enfoque de esos órganos, el reconocimiento de los acuerdos y la práctica posteriores y las demás conclusiones contenidas en el segundo informe del Presidente del Grupo de Estudio sobre el tema, titulado "Jurisprudencia en el marco de regímenes especiales en relación con los acuerdos y las prácticas ulteriores". Es importante que la Comisión llegue a un acuerdo sobre una definición del concepto de "práctica ulterior"; por lo tanto, debería recabar contribuciones de los gobiernos sobre la materia.

13. En cuanto al tema de la cláusula de la nación más favorecida, los esfuerzos metódicos que la Comisión realiza para determinar el contenido normativo de varias de esas cláusulas podrían hacer una contribución importante a la coherencia del derecho internacional y son acordes con el análisis hecho por la Comisión de la fragmentación del derecho internacional, sobre la base de los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Un examen de la práctica del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), así como de la tipología de fuentes de la jurisprudencia, incluidos los laudos arbitrales, reveló diferencias de enfoque entre varios árbitros, y la aportación de la Comisión podría promover la seguridad jurídica. Por lo tanto, los países nórdicos apoyan que la labor sobre el tema prosiga y se lleve a término en consonancia con el calendario que se

indica en el párrafo 362 del informe de la Comisión (A/66/10). La Comisión debería concluir sus actividades sobre la cláusula de la nación más favorecida antes de examinar el tema conexo de la norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones de forma que la labor sobre este último se pueda beneficiar de los trabajos en curso sobre aquella.

14. **El Sr. Stuerchler Gonzenbach** (Suiza) dice que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es muy importante, en particular a la luz de los debates actuales sobre la cuestión de la jurisdicción universal. El alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado variará según si los delitos que se les imputan son de competencia de un tribunal nacional o internacional. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional limita explícitamente la posibilidad de invocar inmunidades derivadas de otras fuentes del derecho internacional, lo que representa un hecho positivo en la evolución del derecho. Sin embargo, no se puede imponer ninguna limitación de ese tipo en los asuntos que están sujetos a la jurisdicción de un tribunal nacional; es preciso defender el principio de la igualdad entre los Estados y la estabilidad de las relaciones internacionales.

15. El informe preliminar sobre el tema (A/CN.4/601) examina las normas internacionales adoptadas hasta ahora en relación con los privilegios e inmunidades de los funcionarios del Estado, incluidos los representantes diplomáticos y consulares, los integrantes de misiones especiales y los representantes de los Estados ante organizaciones internacionales. El análisis que figura en el informe es especialmente valioso para países como Suiza, que tienen una larga tradición de servir de países anfitriones. Su delegación es de la opinión de que un examen de las reglas que rigen los privilegios e inmunidades de los funcionarios del Estado debería tener en cuenta no solo los tratados multilaterales y los fallos de los tribunales nacionales, sino también los acuerdos relativos a las sedes entre los países anfitriones y las organizaciones que desarrollan actividades en su territorio. Tales acuerdos dan una indicación útil de los privilegios e inmunidades que generalmente se reconocen a los funcionarios del Estado, así como de su alcance personal y funcional.

16. Como el informe preliminar señala acertadamente, los tratados internacionales vigentes no regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los

funcionarios estatales en general, ni numerosas situaciones concretas. La labor de la Comisión sobre el tema debería centrarse en las cuestiones que no han sido reguladas aún por tratados internacionales. Con todo, la formulación de reglas generales no debería acarrear limitaciones al ámbito de aplicación de los acuerdos en vigor ni dificultar la interpretación de las reglas vigentes. La Comisión debería tratar de identificar las lagunas del derecho internacional, determinando en primer lugar qué normas del derecho internacional consuetudinario todavía requieren codificación y estudiando luego si se necesitan nuevas normas de derecho internacional sobre materias que todavía no han sido reguladas.

17. Su delegación, al igual que el Relator Especial, hace suyas las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia con respecto a las medidas que un Estado que ejerce su jurisdicción en asuntos penales puede adoptar sin violar la inmunidad de un funcionario del Estado y está de acuerdo en que un Estado puede adoptar medidas procesales penales que no tengan carácter restrictivo ni puedan impedir que el funcionario extranjero desempeñe sus funciones, en particular en el contexto de investigaciones preliminares destinadas a establecer los hechos y determinar si procede iniciar actuaciones judiciales.

18. En cuanto al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), ningún análisis que no tenga en cuenta la cuestión de la jurisdicción universal puede conducir a un entendimiento pleno y coherente de los asuntos pertinentes. Ambos temas están estrechamente interrelacionados y deberían haberse abordado juntos, lo que habría dado más relevancia a la labor de la Comisión con respecto a la lucha contra la impunidad. El Grupo de Trabajo de la Comisión sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal debería tener presentes las cuestiones abordadas por la Comisión en relación con la obligación de extraditar o juzgar.

19. Los trabajos sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida y la norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones contribuirán a prevenir la fragmentación del derecho internacional. La Comisión debería concentrarse en añadir valor a los esfuerzos de otros agentes, en particular de la UNCTAD, que publicó hace poco un estudio sobre el trato de la nación más favorecida, y la OCDE, que ha publicado una serie de documentos sobre el derecho internacional en materia

de inversiones. Su delegación apoya la redacción de un informe que enuncie el entendimiento generalmente compartido de los aspectos clave de la cláusula de la nación más favorecida, sin formular forzosamente recomendaciones ni ofrecer cláusulas modelo.

20. En particular, el informe debería examinar la relación entre la cláusula de la nación más favorecida, las normas de trato nacional y las normas de trato justo y equitativo; analizar las razones por las que los tribunales arbitrales no han adoptado un enfoque sistemático de interpretación y aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida; y evaluar cómo esos tribunales han aplicado las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y si su aplicación ha propiciado un enfoque más coherente.

21. Las cuestiones planteadas en la parte II del anexo D del informe de la Comisión (La norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones) son válidas. Dicha norma es la que se invoca con mayor frecuencia en la práctica y merece ser estudiada más detenidamente. Su delegación se pregunta, sin embargo, acerca de la viabilidad de lograr un entendimiento compartido por una mayoría de Estados sobre el significado de “trato justo y equitativo”. Es esencial llegar a un entendimiento común claro sobre el producto final previsto de la labor de la Comisión antes de iniciar un debate más sustantivo. La elaboración de directrices que indiquen si la norma refleja el derecho internacional consuetudinario no parece ser la mejor opción, toda vez que numerosos Estados, aunque no Suiza, niegan la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario con respecto a las inversiones extranjeras. Por la misma razón, la idea de redactar una declaración sobre el significado de la norma es probablemente poco plausible. En teoría, una declaración clara de una fuente autorizada sobre el derecho relativo a la norma sería útil. Sin embargo, habida cuenta de que hay muchas interrogantes sin respuesta, así como de los puntos de vista y los intereses contrapuestos de los Estados, la celebración de negociaciones multilaterales, parecería ser el medio más apropiado para llegar a un acuerdo sobre el derecho en relación con el trato justo y equitativo. La Comisión tal vez desee estudiar también si la jurisprudencia sobre los tratados de inversiones ha sustituido, *de facto*, al derecho internacional consuetudinario como fuente de obligaciones en

materia de inversiones extranjeras y, en caso afirmativo, cuáles son las consecuencias de esa tendencia para el desarrollo del derecho internacional.

22. Pasando a los demás temas añadidos recientemente al programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, el orador manifiesta su apoyo pleno a la afirmación que figura en el párrafo 4 del anexo A del informe de la Comisión de que la flexibilidad sigue siendo un factor esencial para la formación del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, sería difícil describir sistemáticamente el proceso de formación de las normas consuetudinarias sin socavar la esencia misma de la costumbre, que ha sido y debe seguir siendo una fuente importante del derecho internacional.

23. Su delegación observa con interés que la Comisión tiene la intención de abordar el tema de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y subraya la importancia que reviste una cooperación estrecha con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para el logro de una mejor comprensión de las normas relativas a la protección del medio ambiente, incluso, si fuera necesario, mediante la organización de una reunión de expertos.

24. **El Sr. Maza Martelli** (El Salvador) se refiere al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) y destaca la importancia que posee la adopción de todas aquellas medidas destinadas a evitar la impunidad de los delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La obligación de extraditar o juzgar, el principio de jurisdicción universal y el sometimiento a la competencia de tribunales internacionales han desempeñado un rol en el logro de ese objetivo, pero esos mecanismos operan de acuerdo a sus características propias. Por ejemplo, de conformidad con la Constitución de El Salvador, la extradición se rige principalmente por los tratados bilaterales y multilaterales, muchos de los cuales contienen cláusulas de extraditar o juzgar que han sido pactadas para una amplia gama de delitos, como los delitos comunes cuyas penas superan los tres años de prisión y los delitos que afectan a normas de *jus cogens*. Así, la obligación *aut dedere aut judicare* se constituye en un método de cooperación judicial con amplio alcance.

25. En lo que respecta al proyecto de artículo 2 (Obligación de cooperar) propuesto por el Relator Especial, es necesario distinguir el deber de cooperar que la cláusula *aut dedere aut judicare* impone a los

Estados del deber que estos poseen respecto a tribunales internacionales cuya competencia ha sido previamente reconocida en un tratado específico. Su delegación opina que la frase “donde y cuando sea posible” debería suprimirse del proyecto de artículo porque genera incertidumbre acerca del funcionamiento de la obligación, pudiendo conducir a interpretaciones excesivamente discrecionales que deriven en su incumplimiento o su desnaturalización. En cuanto a los proyectos de artículo 3 (El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar) y 4 (La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*), su delegación está a favor del reconocimiento de la costumbre y de los tratados como fuentes de la obligación de extraditar o juzgar, pero cuestiona la necesidad de incluir dos disposiciones tendientes a regular un mismo aspecto del tema y propone que, si se decide mantener la referencia a tales fuentes, ambas se integren en un mismo artículo.

26. Su delegación insta a la Comisión a seguir estudiando el tema, principalmente a la luz de las normas relativas a la extradición y de los principios generales del derecho penal. Estima que, independientemente de cualquier conexión con la obligación *aut dedere aut judicare*, la discreción del fiscal o del ente acusador no constituye un principio general de derecho penal. Los principios de derecho penal son axiomas fundamentales que existen para orientar al Estado por senderos de justicia y seguridad jurídica. Entre ellos se cuentan principios como el de dignidad humana, intervención mínima, presunción de inocencia y, sobre todo, el principio de legalidad, que se opone abiertamente a las conductas arbitrarias o excesivamente discrecionales. En consecuencia, otorgar mayor o menor discrecionalidad al fiscal o ente acusador no puede ser considerado como un principio general del derecho penal, sino, por el contrario, como una decisión de carácter relativo que corresponde a cada Estado, atendiendo a lo establecido en su derecho interno y a su política penal. La Comisión debería aspirar a alcanzar un proyecto de artículos que refleje una visión sólida del tema y se fundamente en un análisis exhaustivo de su naturaleza y sus características.

27. Con relación a los métodos de trabajo de la Comisión, El Salvador comparte las conclusiones recomendadas para mejorarlos en lo que respecta a la función de los relatores, los grupos de estudio, el Comité de Redacción, el Grupo de Planificación, la preparación de comentarios de proyectos de artículos,

la indicación preliminar de la forma definitiva sobre la labor realizada en cuanto a un determinado tema y la relación con la Sexta Comisión, porque todo ello debería beneficiar, tanto a la Comisión de Derecho Internacional como a la Sexta Comisión. Su delegación también insta a la Comisión a tomar medidas para asegurar que sus informes anuales se puedan conocer con bastante antelación a la apertura de la Asamblea General, lo que no se hizo en este período de sesiones.

28. Su delegación estima que los cinco temas nuevos que la Comisión ha decidido incluir en su programa de trabajo a largo plazo constituirán aportaciones útiles a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional y permitirán dar respuesta a preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto. No obstante, hay que poner mucha atención para que la labor sobre los nuevos temas no vaya a contradecir o fragmentar el derecho internacional vigente o en proceso de codificación o desarrollo progresivo.

29. **La Sra. Dascalopoulou-Livada** (Grecia) dice que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado todavía no ha quedado reflejada en ningún texto normativo. Las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, por ejemplo, tratan únicamente de las inmunidades de categorías específicas de personas, como los funcionarios diplomáticos y consulares. Los acontecimientos recientes, particularmente en los dos decenios anteriores, han puesto de relieve la necesidad de reexaminar el tema a la luz de las nuevas tendencias del derecho internacional.

30. La cuestión más interesante y difícil que plantea el Relator Especial se refiere a las excepciones a la norma de la inmunidad; identificó varias razones que podrían justificar tales excepciones, pero acabó por rechazarlas todas. Su delegación considera que una de esas razones —la de que las normas imperativas de derecho internacional que prohíben y tipifican ciertos actos como delitos prevalecen sobre la norma relativa a la inmunidad e invalidan dicha inmunidad—, que parece reflejar la evolución reciente de la situación respecto de este asunto, tiene mucho peso. Con todo, el Relator Especial también sostiene que las normas imperativas tienen carácter sustantivo mientras que las normas relativas a la inmunidad son procesales y que por ende aquellas no pueden entrar en conflicto con estas. Su delegación no acaba de entender ese argumento, cuya esencia es que un impedimento procesal puede llegar a

derogar por completo una norma suprema de derecho sustantivo, como es el caso de las normas que tienen carácter de *jus cogens*.

31. Los acontecimientos recientes indican que está aumentando el apoyo a la idea de que no se puede tolerar la impunidad por crímenes internacionales, independientemente de la condición del autor. En realidad, esa no es una idea nueva. Los tribunales de Nuremberg y Tokio demostraron que la impunidad de los funcionarios del Estado que han cometido delitos internacionales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión tiene un límite. Por otra parte, si bien es cierto que los correspondientes juicios se basaron en un acuerdo internacional, los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por el fallo del Tribunal redactados por la Comisión confirmaron que incluso los más altos funcionarios del Estado deben rendir cuentas, con arreglo al derecho internacional, de la comisión de delitos internacionales. La Asamblea General hizo suyos esos principios y se considera con propiedad que constituyen normas de derecho internacional consuetudinario.

32. Más recientemente, se han acumulado los indicios de que el derecho penal internacional ha evolucionado hacia la intolerancia absoluta de tales crímenes, independientemente de la condición del autor. La inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado no se menciona en ninguna parte de los estatutos de los tribunales especiales para la ex-Yugoslavia y Rwanda, que fueron aprobados por el Consejo de Seguridad. Antes al contrario, esos funcionarios pueden quedar sujetos a la jurisdicción de tales tribunales y, de hecho, han sido juzgados por ellos. Además, el hecho de que 119 Estados sean partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional demuestra la resolución de la comunidad internacional de no excluir a los altos funcionarios del Estado del ámbito de aplicación de la ley; el artículo 27 de su Estatuto estipula que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona no obstan para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. Si bien el artículo 98 del Estatuto constituye un importante recordatorio de las normas relativas a la inmunidad, se refiere a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática y exige el consentimiento del Estado que envía para entregar a tales personas a la Corte y, por ende, no guarda ninguna relación con el asunto que se

está discutiendo. Es más, el artículo 98 levantó una gran polémica y queda por ver cómo la Corte lo interpretará.

33. La determinación de la comunidad internacional de luchar contra la impunidad por delitos graves sin distinción en cuanto al autor también queda demostrada por la aceptación prácticamente universal de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ni esas convenciones ni el Estatuto de Roma distinguen entre el tratamiento de las personas que gozan de inmunidad personal y de las que solo gozan de inmunidad funcional, toda vez que si bien ese distingo es válido para los actos que no alcanzan el nivel de delitos internacionales, un delito internacional sigue siendo un delito internacional independientemente de quién lo cometa.

34. Por tanto, está claro que hay una tendencia hacia la prohibición de la inmunidad por crímenes atroces. Aunque algunos Estados todavía no han promulgado leyes que les autoricen a no reconocer las inmunidades en el caso de tales crímenes, esa situación está destinada a cambiar, habida cuenta en particular de la necesidad de que las partes en el Estatuto de Roma aseguren que el enjuiciamiento nacional se ajuste al principio de complementariedad. El recurso creciente a la Corte Penal Internacional por parte del Consejo de Seguridad para el enjuiciamiento de altos funcionarios que violan el derecho penal internacional, incluso cuando el Estado del delincuente no es parte en el Estatuto de Roma, también promueve el cambio.

35. No cabe ninguna duda de que está surgiendo una cultura de rendición de cuentas. Hay ejemplos de jurisprudencia nacional e internacional que confirman esa tendencia, aunque también hay ejemplos que indican lo contrario, como el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*. Con todo, la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, a la que el Relator Especial hace referencia, indica que la posición de la Corte sobre la cuestión de la inmunidad ha cambiado en cierta medida. Además, el propio Relator Especial admitió que los funcionarios del Estado no gozarían de inmunidad de jurisdicción penal extranjera en una situación en la que dicha jurisdicción la ejerciera un Estado en cuyo territorio se hubiera cometido un delito y en la que ese Estado no hubiera dado su consentimiento al ejercicio en su territorio de la

actividad que condujo al delito ni a la presencia del funcionario.

36. Sus observaciones no significan de modo alguno que esté restando mérito a la premisa básica en que, como ha indicado el Relator Especial, se apoya la inmunidad jurisdiccional, esto es, la igualdad soberana de los Estados, ni pasando por alto la necesidad de evitar que se abuse de las normas sustantivas que prohíben la comisión de ciertos delitos graves. Su delegación entiende que hay preocupaciones a ese respecto; sin embargo, considera que tales preocupaciones no deben primar cuando los Estados son partes en estatutos por los que se establecen órganos judiciales internacionales como cortes o tribunales penales internacionales ni cuando el Consejo de Seguridad remite causas a la Corte Penal Internacional. Cuando fuera posible y procedente, el control judicial por parte de la Corte Internacional de Justicia serviría de salvaguardia contra posibles abusos en los casos de no reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de presuntos delitos graves. En cuanto a los casos en que son pertinentes las cuestiones procesales, como por ejemplo los de delitos distintos de los de trascendencia internacional, su delegación hace suyas las opiniones presentadas por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/646).

37. En lo que respecta al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), la oradora dice que está de acuerdo con quien le precedió en el uso de la palabra en que la fuente de la obligación se encuentra en los tratados bilaterales de extradición o asistencia judicial. Sin embargo, el estudio realizado por el Relator Especial solo tuvo en cuenta los tratados multilaterales, que son pertinentes para la comunidad internacional en su conjunto. El significado de la obligación en ese ámbito limitado, al menos por lo que respecta al enjuiciamiento, parece estar próximo al de la jurisdicción universal.

38. Su delegación podría apoyar el proyecto de artículo 2 (Obligación de cooperar) revisado por el Relator Especial; la noción de cooperación es, efectivamente, una idea general que puede considerarse que abarca la obligación de extraditar o juzgar. Sin embargo, su delegación es de la opinión de que las palabras “según proceda” y “donde y cuando proceda” que figuran en los párrafos primero y segundo respectivamente, son ambiguas y podrían interpretarse en el sentido de incorporar en bloque la legislación nacional. Si la intención es decir que la obligación se

debería aplicar de conformidad con ciertas reglas, su carácter y su contenido no deberían detallarse en un artículo introductorio o declaratorio sino en los artículos siguientes. En lo que respecta a los proyectos de artículo 3 (El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar) y 4 (La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*), su delegación, al igual que algunas otras, no entiende qué utilidad podría tener una clasificación basada en la fuente de la regla en cuestión; el texto debería indicar a qué delitos se aplica la obligación y especificar las condiciones y los procedimientos aplicables.

39. **El Sr. Politi** (Italia) se refiere al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y dice que el debate en curso ha mostrado que algunas delegaciones ponen en entredicho tanto el enfoque restrictivo aplicado por el Relator Especial al abordar la cuestión esencial de las posibles excepciones a la inmunidad, como su conclusión de que no hay pruebas de que se esté imponiendo una norma de derecho internacional que justificaría tales excepciones, en particular en el caso de delitos internacionales graves. Su delegación opina que un enfoque equilibrado y amplio del tema es esencial. Incluso desde el punto de vista de *lex lata*, la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales penales nacionales e internacionales aportan varios elementos que están destinados a tener importantes efectos en el principio de inmunidad tal y como ha sido entendido y aplicado hasta ahora. Esos elementos deben tenerse en cuenta no solo como excepciones a una regla general sino también como indicios de que se está imponiendo una *lex specialis*, particularmente en relación con los delitos graves tipificados por el derecho internacional cometidos por altos funcionarios como los jefes de Estado y Gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

40. El principio de la inmunidad ha sido reafirmado en algunas casos, por ejemplo por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*. En otros, la inmunidad ha sido denegada por tribunales nacionales, como la Cámara de los Lores en 1999 en el asunto *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*. Además, los tribunales especiales e híbridos y la Corte Penal Internacional han aplicado de forma coherente la norma, establecida en Nuremberg y reafirmada en el artículo 27 del Estatuto de Roma, de la improcedencia del cargo oficial. Lejos de ser

pertinentes únicamente en el ámbito del derecho penal internacional, las decisiones de esos órganos ponen de relieve la consolidación general del marco normativo aplicable, que debe tenerse en cuenta en el ejercicio de la jurisdicción nacional. Por lo tanto, la Comisión debería tomar debidamente en consideración la práctica internacional en su totalidad.

41. Algunas de las cuestiones procesales abordadas por el Relator Especial en su tercer informe deberían ser objeto de mayor estudio, en particular la cuestión del momento oportuno para la consideración de la inmunidad en los procesos nacionales. En algunos casos, la inmunidad solo debería concederse después de un detenido examen del carácter del delito y su posible tipificación como delito internacional.

42. En lo que respecta a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su delegación aprueba que el Relator Especial haya examinado el tema exclusivamente en relación con el deber de los Estados de cooperar en la lucha contra la impunidad. La obligación es un mecanismo normativo destinado a colmar las lagunas que podrían permitir a los responsables de los crímenes más graves sustraerse a su procesamiento y castigo. Sobre esa base, se examinaron las distintas fuentes de dicha obligación, como los tratados, la costumbre y el *jus cogens*, y se formularon proyectos de artículo para las distintas categorías de normas. Ese aspecto de la metodología del Relator Especial fue objeto de intensos debates en el seno de la Comisión. Su delegación tiende a estar de acuerdo con quienes suscitaron dudas sobre la idoneidad de formular artículos separados para las distintas fuentes del derecho y considera necesario seguir analizando en detalle la práctica internacional a fin de evaluar en qué medida el principio *aut dedere aut judicare* está consagrado por las normas internacionales en vigor. Ese análisis debería abarcar los aspectos sustantivos y procesales, incluidos los tipos de delitos a los que se aplica el principio y los mecanismos de extradición utilizados. En cuanto a las cuestiones concretas planteadas por la Comisión, el orador observa que en Italia el principio *aut dedere aut judicare* se aplica de manera regular y sistemática tanto en las leyes nacionales de aplicación que dan efectividad a las convenciones pertinentes como en la correspondiente jurisprudencia.

43. En lo que se refiere al programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, su delegación considera que, de los cinco nuevos temas, merecen especial atención los

dos que guardan relación con la protección del medio ambiente (“Protección de la atmósfera” y “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”), toda vez que hacen referencia a aspectos fundamentales de la protección ambiental. Pese a que existen numerosos instrumentos internacionales sobre la cuestión y a que está recibiendo gran atención por parte de los académicos, existe la necesidad de un mayor estudio y sistematización a fin de responder a las preocupaciones crecientes de la comunidad internacional. Otro tema nuevo, el de la aplicación provisional de los tratados, también merece la atención de la Comisión a fin de aclarar y complementar la normativa vigente, que se limita a unas pocas reglas que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

44. **El Sr. Kittichaisaree** (Tailandia) dice que el examen del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado por parte de la Comisión debería limitarse a los asuntos relacionados con la inmunidad de jurisdicción penal, ya que la inmunidad de jurisdicción civil es una cuestión fundamentalmente diferente. La Comisión debería tratar de codificar el derecho internacional vigente y explicar las nuevas tendencias, sobre todo en relación con la inmunidad, o la falta de ella, respecto de los delitos más graves tipificados por el derecho internacional. El producto final debería establecer un equilibrio adecuado entre la estabilidad de las relaciones internacionales y la necesidad de evitar la impunidad por tales delitos.

45. La inmunidad no es sinónimo de impunidad; aquella sirve de impedimento procesal para el procesamiento penal mientras que esta última exime a una persona de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho penal sustantivo. En principio y con carácter general, la inmunidad no debería constituir un obstáculo para el procesamiento penal de funcionarios del Estado cuando tal procesamiento ya no plantee una amenaza para la estabilidad de las relaciones internacionales. Aunque la inmunidad guarda relación con actos oficiales del Estado correspondiente, ese Estado y sus funcionarios no pueden actuar sin responsabilidad. Los funcionarios que cometen crímenes atroces menoscaban seriamente el honor y la dignidad del propio Estado; por lo tanto, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* están relacionadas entre sí de forma inseparable. Como han señalado otros oradores, varios instrumentos

internacionales relativos a la represión de delitos internacionales estipulan expresamente que la inmunidad de los funcionarios del Estado no es absoluta, ni tan siquiera para los jefes de Estado, y que el cargo oficial que desempeñe el inculcado no le exime de su responsabilidad penal ni atenúa la pena. Algunos de esos instrumentos son el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los estatutos de los tribunales especiales para la ex-Yugoslavia y Rwanda. Además, algunos Estados han asumido la jurisdicción universal sobre ciertos delitos graves y rechazado las demandas de inmunidad de los autores.

46. La cuestión fundamental para la Comisión es cómo lograr un equilibrio adecuado en su labor sobre el tema. La respuesta podría encontrarse en parte en sus deliberaciones en curso sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal, que tiene por objeto prevenir los abusos en el ejercicio de la jurisdicción por los Estados (por ejemplo, mediante salvaguardias contra la discrecionalidad excesiva en materia de enjuiciamiento) y la impunidad por los delitos graves de trascendencia internacional. Un ejemplo de esfuerzo por establecer un equilibrio entre los intereses legítimos de los Estados soberanos y la preocupación por la responsabilidad es el artículo 98 del Estatuto de Roma, según el cual la Corte no puede pedir a los Estados que actúen en forma incompatible con las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluso con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática.

47. Se podría lograr un equilibrio vital excluyendo expresamente de la responsabilidad penal individual a los jefes de Estado constitucionales que desempeñan funciones meramente nominales o ceremoniales. Por ejemplo, la definición del crimen de agresión adoptada recientemente por la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma limita la categoría de personas que pueden cometer ese delito a quienes están en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado. Con todo, en aras de la seguridad jurídica, hasta que el derecho internacional consuetudinario haya cristalizado en lo que respecta a los funcionarios del Estado que tienen o no derecho a gozar de inmunidad, habrá que atenerse al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención*.

48. Su delegación preferiría que las cuestiones procesales planteadas en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/646) se abordaran una vez se hayan

sacado conclusiones definitivas sobre los aspectos sustantivos del tema.

49. En cuanto a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su delegación está de acuerdo en que es necesario diferenciar las categorías de delitos que están sujetos a la obligación y las que no. No todos los delitos sometidos actualmente a jurisdicción universal están sujetos también a la obligación de extraditar o juzgar, que dimana principalmente de obligaciones convencionales. Su delegación podría aceptar, en principio, la redacción enmendada del proyecto de artículo 3 (El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar), salvo la frase “y con los principios generales del derecho penal internacional” del párrafo 2, que es demasiado vaga como para ser de utilidad para los legisladores nacionales. Los principios deberían desarrollarse, como se indica en el párrafo 317 del informe de la Comisión.

50. Su delegación tiene firmes reservas sobre el proyecto de artículo 4 (La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*). La legislación tailandesa sigue un enfoque dualista del derecho internacional: las normas internacionales no son jurídicamente vinculantes pero los tribunales pueden, en algunas circunstancias, tenerlas en cuenta al interpretar la legislación o los códigos para evitar posibles conflictos con el derecho internacional consuetudinario. El enjuiciamiento de una persona con arreglo a una norma internacional consuetudinaria que no formara parte del derecho tailandés violaría el principio de legalidad. Tailandia solo puede extraditar basándose en un tratado de extradición con garantías de reciprocidad del Estado requirente, o en cumplimiento de otra obligación internacional. Su delegación toma nota de las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión sobre el proyecto de artículo 4 que se describen en los párrafos 320 y 321 del informe de la Comisión.

51. El tema de la cláusula de la nación más favorecida tiene importancia práctica; en el actual mundo globalizado e interdependiente en el plano económico, el papel de los acuerdos internacionales de inversión, que se han convertido en uno de los principales mecanismos para fortalecer las relaciones económicas, es más importante que nunca. El rápido aumento de las corrientes transfronterizas de bienes, servicios, personas, capital y tecnología plantea serios retos que los Estados no pueden abordar individualmente. La interpretación y aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida que figuran en

los acuerdos de inversión son especialmente complicadas. Como se indica en el informe de la Comisión, hay poca coherencia en el razonamiento de los tribunales que han permitido o rechazado el uso de ese tipo de cláusulas para incorporar disposiciones de arreglo de controversias en un tratado sobre inversiones. Su delegación está de acuerdo con las conclusiones que figuran en los párrafos 361 y 362 del informe de la Comisión y apoya los esfuerzos del Grupo de Estudio por asegurar una mayor coherencia de los enfoques adoptados en las decisiones arbitrales, una mayor certidumbre y estabilidad en la esfera del derecho aplicable a las inversiones y una mayor seguridad y previsibilidad para los inversores extranjeros y los Estados.

52. **El Sr. Sánchez Contreras** (México) dice que su delegación acoge con beneplácito los notorios avances realizados por el Grupo de Estudio en el tema de los tratados en el tiempo. Las relaciones entre los Estados están sujetas al dinamismo de la política internacional y es necesario determinar cómo los diferentes eventos y desafíos globales impactan el derecho de los tratados establecido en la Convención de Viena.

53. Las conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio muestran que los informes del Grupo pueden ser de gran utilidad para los Estados. Su publicación en el informe anual de la Comisión permitirá a los Estados estar mejor informados sobre el desarrollo del tema, pudiendo a su vez retroalimentar de mejor manera a la Comisión y contribuyendo a una mayor transparencia en el tratamiento del tema. Ello se verá reflejado en un resultado final de mayor alcance y de mayor utilidad práctica. Su delegación apoyaría el nombramiento de un relator especial.

54. Las conclusiones preliminares dan cuenta de lo acertado de la decisión de dividir el tratamiento del tema en fases. En este sentido, confirman que la interpretación y la evolución de los tratados mediante acuerdos y prácticas posteriores son elementos que les dan vitalidad y los transforman en instrumentos dinámicos, confirman la importancia del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y presentan un buen panorama de los diferentes enfoques interpretativos por parte de los diversos tribunales internacionales. Mayor claridad merece, no obstante, la conclusión número 5) sobre el concepto de práctica posterior como medio de interpretación. No está claro si el entendimiento de práctica posterior *lato sensu* utilizado por el Tribunal

internacional del Derecho del Mar y la Corte Internacional de Justicia, en el que no se ha exigido la existencia de un acuerdo entre las partes de un tratado, es compatible con lo previsto en el artículo 31, párrafos 3 a) y b), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y si este tratamiento por parte de los tribunales internacionales es indicio de la presencia de un método nuevo de interpretación de los tratados.

55. La cuestión de la posible modificación de los tratados mediante acuerdos y prácticas posteriores y la relación que guardan dichos acuerdos y prácticas con los procedimientos formales de modificación de tratados siguen siendo de interés para su delegación, que es partidaria de un enfoque integral del tema y alienta a la Comisión a que, a la luz de los acuerdos y prácticas posteriores, evalúe cuestiones como la relación entre los tratados y el derecho consuetudinario; la práctica posterior como fuente interpretativa y de formación de nueva costumbre internacional; y el papel de los mecanismos informales.

56. El orador confía en que el Grupo de Estudio sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida concluya su labor a más tardar a finales del 65º período de sesiones de la Comisión. En términos generales, su delegación coincide en que el Grupo de Estudio tenga por objeto la protección contra la fragmentación del derecho internacional que garantice una mayor coherencia de las decisiones arbitrales y con ello logre mayor certeza y estabilidad en el ámbito del derecho de las inversiones. Su labor es de gran utilidad a la luz de las divergencias que existen en la jurisprudencia sobre esta materia y la falta de coherencia en los razonamientos de los tribunales que han permitido el uso de la cláusula de la nación más favorecida para incorporar disposiciones de arreglo de controversias en acuerdos de inversión. La interpretación del alcance de las cláusulas de la nación más favorecida debería preservar el equilibrio entre la protección del inversor y el necesario espacio del Estado receptor en lo que respecta a la aplicación de sus políticas.

57. Su delegación coincide con el Grupo de Estudio en que el origen del derecho al trato de nación más favorecida se ubica en el tratado básico y no en el tratado de una tercera parte; en que las opiniones concurrentes y discrepantes en el caso *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* al que se alude en los párrafos 357 y 359 del informe de la Comisión podrían servir como un marco de referencia para dilucidar cuestiones vinculadas a la aplicación de la cláusula de la nación

más favorecida al arreglo de controversias; y en que el producto final de la labor del Grupo de Estudio sea un informe en el que figure una exposición general en donde se expresen los problemas surgidos y las tendencias existentes en la aplicación de dicha cláusula, incluyendo en su caso la formulación de recomendaciones y de cláusulas modelo.

58. **El Sr. Ferrero Costa** (Perú) dice que, si bien su delegación comparte muchas de las opiniones del Relator Especial sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, hay otras con las que discrepa o estima deben profundizarse. En cuanto al enfoque del tema, cabe reconocer que, como la labor de la Comisión implicará tanto un tratamiento de codificación (*lex lata*) como de desarrollo progresivo (*lex ferenda*), la disyuntiva planteada en el párrafo 36 del informe de la Comisión, si bien conceptualmente válida, termina resultando un tanto artificial. El tema debería examinarse desde ambas perspectivas y de ningún modo se debe dejar de lado la perspectiva de *lex ferenda*, aunque la Comisión debe obrar con cautela al establecer conclusiones y asegurar que encuentren un sustento sólido en el derecho internacional. Además, el tratamiento del tema debe presentar un balance entre dos postulados: el reconocimiento de la institución de la inmunidad de los funcionarios del Estado a fin de asegurar un adecuado desarrollo de las relaciones internacionales y la necesidad de luchar contra la impunidad, en particular tratándose de crímenes internacionales. Cabe destacar, sin embargo, que la inmunidad de jurisdicción tiene un carácter procesal y no afecta a la norma sustantiva; la inmunidad de jurisdicción no implica impunidad o exoneración de la responsabilidad penal.

59. El alcance del tema se limita a la jurisdicción penal de carácter nacional y no incluye las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal internacional, que tienen un tratamiento específico en el derecho internacional. Dado que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* también tienen un tratamiento propio en el derecho internacional, debe establecerse una distinción entre ellas. La responsabilidad del Estado debe distinguirse claramente de la responsabilidad penal del individuo.

60. Su delegación coincide en que las cuestiones de inmunidades deben resolverse en la fase inicial del procedimiento judicial o incluso antes, en la fase de instrucción. El Estado que pretende ejercer la jurisdicción sobre un funcionario extranjero debe dar a

conocer sus intenciones lo antes posible para que el Estado del funcionario pueda invocar la inmunidad *ratione materiae* de forma oportuna a fin de que no se inicien los procedimientos, o, de ser el caso contrario, su decisión de no invocar la inmunidad *ratione materiae* o *ratione personae*. La comunicación del Estado que pretende ejercer su jurisdicción debería ser formulada por escrito y encausada a través de los canales diplomáticos y detallar de manera precisa los hechos que se imputan al funcionario, lo cual permitirá al Estado del funcionario tener pleno conocimiento del alcance de la decisión que adopte, ya se trate de un supuesto de inmunidad *ratione materiae* o *personae*; si decide renunciar a la inmunidad deberá indicar su alcance respecto a los hechos que se imputan al funcionario y determinar el mecanismo mediante el que se efectuará la renuncia. Debería evaluarse la posibilidad de establecer un criterio temporal a fin de buscar que la renuncia a la inmunidad *ratione materiae* se realice en un momento oportuno, de manera que al Estado que pretende ejercer su jurisdicción se le dote de certeza en su accionar jurisdiccional. Su delegación coincide en que la renuncia expresa debe ser irrevocable. Si bien el silencio del Estado del funcionario permitirá que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción dé curso al proceso, cabe preguntarse quién asumiría la responsabilidad frente a terceros por acciones que se hubieran podido desarrollar en el transcurso del proceso hasta que el Estado del funcionario invoque la inmunidad.

61. Se ha de obrar con cautela al determinar qué funcionarios están cubiertos por la inmunidad *ratione personae*. El Relator Especial ha sugerido que podrían estar cubiertos "otros altos funcionarios" además de los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de relaciones exteriores, en virtud de la importancia de las funciones que cumplen para garantizar la soberanía del Estado. Sin embargo, esto se podría interpretar en el sentido de que prácticamente cualquier funcionario del Estado goza de inmunidad *ratione personae*. La determinación de si los hechos que se imputan al funcionario fueron llevados a cabo a título oficial, y por ende se enmarcan dentro de la inmunidad *ratione materiae*, se debería efectuar caso por caso. Tanto el Estado que pretende ejercer su jurisdicción como el Estado del funcionario tendrán que analizar la situación pero, como señala el Relator Especial, el tribunal extranjero no estará en la obligación de aceptar ciegamente cualquier declaración del Estado del funcionario y al mismo tiempo tampoco puede pasarlas

por alto. Siendo este el caso, debería evaluarse la posibilidad de establecer un sistema de remisión a mecanismos de solución de controversias, ya que fácilmente podría preverse que se presenten controversias. Está claro que los delitos graves tipificados por el derecho internacional no pueden considerarse funciones oficiales objeto de la inmunidad *ratione materiae*; por lo tanto, no puede pretenderse que sean alegados a efectos de invocar la inmunidad.

62. Su delegación se pregunta si sería conveniente ampliar el alcance del tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) para que abarque el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Estados, incluida la obligación de extraditar o juzgar, y abordar la relación entre esa obligación y la jurisdicción universal.

63. En el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/648) se hace referencia al “principio *aut dedere aut judicare*”. Con todo, en aras de la coherencia con sus anteriores informes, sería preferible emplear el término “obligación” en vez de “principio”. El cuarto informe se centra en la cuestión de cuáles son las fuentes más importantes de la obligación de extraditar o juzgar, en particular en lo concerniente a tratados y costumbre. Con todo, la obligación no se presenta de manera abstracta, sino que se trata de una norma secundaria de aplicación; por ello, la discusión sobre si se trata de una norma derivada de la costumbre o de un tratado deberá estar precedida del análisis del alcance de la fuente primaria, a fin de determinar si de esta se desprende su aplicación.

64. Su delegación tiene dudas sobre el proyecto de artículo 2 (Obligación de cooperar), que pareciera restringir el deber de cooperación y asistencia en materia penal; el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad no se limita a los delitos graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. El proyecto de artículo hace referencia asimismo al deber de los Estados de cooperar con los tribunales internacionales, pero quizá no sea conveniente abordar esa cuestión en la labor de la Comisión sobre el tema y, de ser considerada, podría tratarse por separado del deber de los Estados de cooperar entre sí, ya que en este supuesto los Estados tienen el deber de “entregar” a personas a esos tribunales y no de “extraditarlas”. Respecto del proyecto de artículo 3 (El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar), su delegación coincide en que los Estados deberán adoptar medidas

internas para hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar. Sin embargo, la redacción solo tiene en cuenta las condiciones que contempla el tratado que contiene la obligación de extraditar o juzgar y los principios generales del derecho penal internacional, pudiendo quedar de lado otras obligaciones que el Estado haya asumido en base a otros tratados pertinentes. Por otro lado, se podrían incluir algunos ejemplos de principios generales de derecho penal internacional, sin establecer una lista excluyente.

65. La sección C del cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/648), relativa al principio *aut dedere aut judicare* como norma de derecho internacional consuetudinario, aborda el tema únicamente desde la perspectiva de los crímenes de lesa humanidad; se debería ampliar el análisis para determinar si la obligación de extraditar o enjuiciar tiene carácter consuetudinario respecto de otros crímenes internacionales. En lo que respecta al proyecto de artículo 4 (La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*), el reconocimiento de la prohibición de una conducta que constituye un crimen internacional y que ha adquirido el estatus de *jus cogens* no implica que la obligación de extraditar o juzgar tenga necesariamente este carácter, en tanto que esta última es una norma de carácter secundario. La Comisión debería analizar las consecuencias procesales, de las normas de *jus cogens*.

66. **El Sr. Janssens de Bisthoven** (Bélgica) se refiere al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y dice que, en consonancia con su mandato de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión debería abordar el tema desde la perspectiva de *lex lata* y de *lex ferenda*. Como primer paso, debería identificar las normas de derecho internacional en vigor y, seguidamente, los aspectos controvertidos con vistas a impulsar el desarrollo progresivo, como el alcance y las características de la inmunidad *ratione personae*. La inmunidad de jurisdicción penal ha sido concedida tradicionalmente a los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de relaciones exteriores; solo se debería conceder inmunidad a otros funcionarios del Estado en consonancia con los acuerdos internacionales pertinentes, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

67. En lo que respecta a las excepciones a la inmunidad, debería hacerse un distingo entre la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae*. Su

delegación es de la opinión de que, *de lege lata*, los crímenes que violan tratados internacionales o el derecho internacional consuetudinario dan lugar a la exclusión de la inmunidad *ratione materiae*. Entre tales crímenes se cuentan los reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la tortura y el genocidio.

68. El artículo IV de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, por ejemplo, estipula que las personas que hayan cometido genocidio serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares. Los estatutos de las cortes y los tribunales penales internacionales también excluyen la inmunidad de jurisdicción penal para los funcionarios acusados de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Dado que esos estatutos reflejan la costumbre internacional, cabe concluir que el derecho internacional consuetudinario evoluciona en la misma dirección que el derecho internacional convencional. Esa tendencia ya quedó en evidencia en el fallo del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que estableció que los autores de actos condenados como criminales por el derecho internacional no pueden escudarse en su cargo oficial para eludir el castigo. La Comisión de Derecho Internacional hizo suya esa norma en 1950 cuando adoptó los Principios de Nuremberg, el tercero de los cuales estipula que los jefes de Estado y oficiales responsables del Gobierno que cometen crímenes tipificados por el derecho internacional no pueden ser eximidos de responsabilidad con arreglo al derecho internacional.

69. Esas normas son plenamente conformes a la obligación de luchar contra la impunidad que la comunidad internacional ha afirmado repetidas veces en acuerdos que exigen que los Estados extraditen o juzguen a los autores de los crímenes abarcados por ellos o en resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Aun cuando el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención* parece excluir el enjuiciamiento de los delitos tipificados por el derecho internacional cometidos por un ministro en el desempeño de su cargo oficial, el Instituto de Derecho internacional arrojó más luz sobre el asunto en su resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y las personas que actúan en nombre del Estado en el caso de delitos internacionales, adoptada en Nápoles en 2009, que estipula que, en lo que respecta a los delitos

internacionales, no se puede gozar de inmunidad de jurisdicción alguna que no sea la inmunidad personal prevista por el derecho internacional. Si bien es posible que esté generalmente aceptado que la inmunidad *ratione materiae* queda excluida respecto de los delitos de derecho internacional, su delegación opina que la Comisión debería indicarlo explícitamente.

70. La cuestión de la inmunidad *ratione personae* debería examinarse a la luz de los acuerdos entre Estados; puede considerarse que los Estados que son partes en un mismo tratado sobre derecho penal internacional han renunciado *ipso facto* a invocar la personal inmunidad para sus funcionarios si el tratado impide invocar cualquier tipo de inmunidad o estipula que el cargo oficial del presunto autor es un elemento del delito. Incluso en esa hipótesis, un Estado puede decidir admitir, en el contexto de una visita oficial, a una persona sospechosa de haber cometido un delito internacional. Es evidente, sin embargo, que el Estado sigue estando obligado a cumplir cualquier obligación preexistente de cooperar con un tribunal internacional y por ende no puede, por ejemplo, dejar de ejecutar una orden de detención dictada por ese tribunal.

71. En Bélgica, la inmunidad de jurisdicción penal se rige por el Código de procedimiento penal de 2003, que se remite a las normas del derecho consuetudinario y convencional. Por lo tanto, la inmunidad solo se reconoce dentro de los límites establecidos por el derecho internacional.

72. En lo que se refiere al tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), su Gobierno se abstendrá, por el momento, de responder a las cuestiones planteadas en el capítulo III del informe de la Comisión, ya que es parte en una causa pendiente ante la Corte Internacional de Justicia en la que está en discusión la obligación *aut dedere aut judicare* (*Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*). Con todo, su Gobierno presentó en su momento observaciones escritas sobre el carácter consuetudinario de la obligación (A/CN.4/612, párrs. 19 y 31 a 34).

73. **La Sra. Malys** (Polonia) dice que los debates de la Comisión sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado han puesto de relieve divergencias de opinión sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado y las excepciones a la inmunidad. Pese a que,

lamentablemente, aún no se han propuesto proyectos de artículo que reflejen la práctica estatal vigente y codifiquen las normas internacionales consuetudinarias relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado, los exhaustivos debates de la Comisión sobre los aspectos sustantivos y procesales del tema serán útiles para la futura labor de codificación. Su delegación comparte las opiniones expresadas por el Relator Especial en los párrafos 56 y 79 de su segundo informe (A/CN.4/631) sobre la interdependencia de la cuestión de la inmunidad, el principio de la jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar y las similitudes y diferencias entre ellas. En cuanto a si se ha de adoptar un enfoque de *lex lata* o *de lege ferenda*, su Gobierno es partidario de una combinación de ambos.

74. Durante las deliberaciones de la Comisión sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), muchos de sus miembros formularon observaciones sobre el nuevo proyecto de artículo 2 propuesto por el Relator Especial y la mayoría de ellos apoyaron su inclusión; los Estados tienen efectivamente el deber de cooperar. Su delegación apoya esa opinión. También está de acuerdo con el Relator Especial en que las categorías de delitos que se indican en el artículo 5 del Estatuto de Roma, en particular el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, pueden considerarse un directorio de las normas consuetudinarias que dan lugar a la obligación de extraditar o juzgar.

75. Su delegación está de acuerdo en que el tema exige un análisis a fondo de las normas convencionales y de derecho internacional consuetudinario, así como de las leyes nacionales, que han sido desarrolladas y modificadas de forma significativa, sobre todo en los últimos años. La abrumadora mayoría de los miembros de la Comisión subrayaron que su labor debía proseguir sin interrupción, opinión que su delegación apoya; la suspensión de los trabajos sobre el tema podría crear la falsa impresión de que no es apto o no está suficientemente desarrollado para la codificación.

76. La Comisión se centró en un único aspecto del tema de los tratados en el tiempo, el del acuerdo y la práctica posteriores como medio de interpretación de los tratados. El informe sobre las decisiones judiciales internacionales del Presidente del Grupo de Estudio arrojó luz sobre la posición de varias cortes y tribunales internacionales sobre la utilidad de permitir que los tratados se interpreten a la luz de acuerdos y prácticas posteriores, pero carece de contenido

normativo. Dado que hasta ahora las respuestas de los gobiernos acerca de su práctica respecto del tema han sido escasas, la Comisión debería conceder prioridad a la compilación de decisiones de tribunales nacionales. Puede considerarse que tales decisiones forman parte de la práctica de los Estados, como sugiere el Presidente del Grupo de Estudio; en su novena conclusión preliminar sobre los posibles autores de prácticas posteriores pertinentes incluye a los tribunales entre los órganos que conforman la práctica de los Estados; además, las decisiones de los tribunales nacionales se podrían recopilar con relativa rapidez. Por tanto, la Comisión debería solicitar a los Estados que faciliten lo antes posible información sobre las decisiones de sus tribunales nacionales que guarden relación con los acuerdos y las prácticas posteriores como medio de interpretación de los tratados.

77. **La Sra. Quidenus** (Austria) dice que su Gobierno concede gran importancia al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; los Estados se enfrentan cada vez más a casos en que podría entrar en juego la inmunidad penal y, como el derecho internacional no ofrece respuestas completas a todas las cuestiones que están ligadas al asunto, es posible que los Estados lleguen a conclusiones diferentes, lo que podría generar confusión en vez de una práctica útil que pudiera servir de guía. Por lo tanto, la Comisión debería ocuparse del tema con carácter prioritario, concentrándose en primer lugar en determinar las normas vigentes. La importancia vez cada mayor que se atribuye en las relaciones internacionales a la lucha contra la impunidad y a la responsabilidad de los Estados y sus órganos parece indicar una tendencia hacia la limitación de la inmunidad, y no está claro en qué medida el derecho internacional en vigor refleja esa evolución. Una vez la Comisión haya dado respuesta a esa cuestión, podría proponer normas *de lege ferenda* encaminadas a situar el derecho internacional en consonancia con los acontecimientos recientes.

78. En su fallo en la causa relativa a la *Orden de detención* la Corte Internacional de Justicia dio una respuesta convincente a la cuestión de qué titulares de altos cargos del Estado gozan de inmunidad *ratione personae* absoluta con arreglo al derecho internacional en vigor o deberían gozar de ella *de lege ferenda*, esto es, que los jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de relaciones exteriores gozan de inmunidad

absoluta. No hay actualmente ningún indicio de que otras personas de alto rango gocen de inmunidad *ratione personae* con arreglo al derecho internacional consuetudinario, aunque se conceden otras inmunidades en virtud de varios convenios y acuerdos como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención sobre las Misiones Especiales y los acuerdos de sede, que establecen la inmunidad absoluta de personas que no pertenecen a la “troika” de altos funcionarios y que se aplican como *lex specialis*.

79. En cuanto a la tercera cuestión de especial interés para la Comisión, es decir, qué crímenes se excluyen o deberían excluirse de la inmunidad *ratione personae* o *ratione materiae*, debe tenerse en cuenta la distinción entre ambos tipos de inmunidad. El concepto de inmunidad de los funcionarios del Estado ha evolucionado con los años desde la inmunidad absoluta hasta la inmunidad funcional. En la actualidad, los funcionarios del Estado gozan, en general, de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y toda limitación de esa inmunidad constituye una excepción. En el caso de los delitos internacionales, sin embargo, puede que la cuestión de la exclusión de una u otra forma de inmunidad deba ser tratada de forma diferente. La tendencia general consiste en denegar la inmunidad respecto de tales crímenes. Los crímenes de guerra y la tortura son cometidos, por definición, por funcionarios del Estado u otras personas que actúan con carácter oficial. Por lo tanto, quienes gozan de inmunidad funcional no pueden, en principio, invocar la inmunidad por tales crímenes.

80. Con todo, las excepciones a la inmunidad no se pueden aplicar si la inmunidad se basa en un régimen convencional especial, como el de la Convención sobre las Misiones Especiales, o en una norma de derecho consuetudinario comparable, como en el caso de una invitación explícita a realizar una visita oficial o si el funcionario en cuestión es jefe de Estado o de Gobierno o ministro de relaciones exteriores. En la causa relativa a la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia estimó que no había motivo para deducir que el derecho internacional consuetudinario contemplara ninguna excepción a la norma de la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de relaciones exteriores sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Esa conclusión también debe aplicarse, *a fortiori*, a los jefes de Estado o de Gobierno. El Instituto de Derecho internacional, en su

resolución de 2001 sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, recomendó que los Estados renunciaran a la inmunidad cuando se sospechara que el jefe de Estado había cometido crímenes de naturaleza particularmente grave o cuando fuera poco probable que el ejercicio de sus funciones se viera entorpecido por las medidas que las autoridades del Estado del foro hubieran de adoptar. La misma norma se aplica a los jefes de Gobierno y, habida cuenta del razonamiento de la Corte Internacional de Justicia, a los ministros de relaciones exteriores.

81. Es indudable que entre los delitos internacionales se cuentan todos los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Cuando los participantes en la Cumbre Mundial de 2005 debatieron la responsabilidad de los Estados de proteger a su población, mencionaron esos y otros crímenes. Puede interpretarse que la responsabilidad de proteger también incluye el deber de enjuiciar esos crímenes, lo que restringiría aún más la inmunidad funcional.

82. En relación con el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), la oradora señala que su Gobierno presentó un informe sobre la legislación y la jurisprudencia de Austria, en el que expresó la opinión de que no existe obligación de extraditar o juzgar con arreglo al derecho internacional consuetudinario; esa obligación solo puede emanar del derecho de los tratados o de la legislación interna. Su Gobierno respeta el principio de legalidad, según el cual sus autoridades tienen la obligación legal de enjuiciar los crímenes. Dada la amplia jurisdicción penal de Austria, esa obligación tiene efectos de gran alcance. Además, los denominados “delitos internacionales” pertenecen a la misma categoría que cualquier otro delito con arreglo a la legislación austriaca. Por esas razones, el proyecto de artículo 4 (La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*) en su forma actual plantea dificultades a su delegación, en particular la referencia al *jus cogens*. A pesar del vínculo naciente entre ciertos delitos internacionales y el *jus cogens*, este último sigue siendo un concepto muy poco claro en el derecho internacional. Su delegación destaca la utilidad del marco general propuesto por el Grupo de

Trabajo sobre el tema en 2009, que plantea cuestiones e interrogantes de especial interés para los Estados.

83. En cuanto al tema de los tratados en el tiempo, su Gobierno también presentó un amplio informe sobre su práctica con respecto a los acuerdos y la práctica ulteriores como medio de interpretar los tratados. En particular, se hizo referencia al acuerdo Gruber-de Gasperi (Acuerdo de París de 5 de septiembre de 1946) entre Austria e Italia, que ha sido interpretado ulteriormente por medio de dos acuerdos adicionales, a saber, el calendario de operaciones y acuerdo global sobre el Tirol del Sur, ninguno de los cuales ha alcanzado la categoría de tratado oficial. Su delegación coincide con la mayoría de las conclusiones preliminares del Presidente del Grupo de Estudio que figuran en el párrafo 344 del informe de la Comisión (A/66/10). La segunda, que reconoce la necesidad de distinguir entre distintos tipos de tratados según su sustancia y, por consiguiente, su objeto y su fin, es particularmente importante. Los tratados de derechos humanos, por ejemplo, se interpretan a menudo por medios distintos de otros tratados. También podría ser conveniente examinar en qué medida los tratados que contienen obligaciones sinalagmáticas se interpretan de manera distinta de los tratados que contienen obligaciones *erga omnes*. Con todo, su delegación considera que el criterio evolutivo no constituye una clase especial de interpretación conforme a la práctica ulterior, toda vez que no representa la práctica de los Estados partes en un tratado, sino más bien el desarrollo y la evolución generales del entorno político.

84. Por último, su delegación acoge con beneplácito la labor del Grupo de Estudio sobre el complejo tema de la cláusula de la nación más favorecida y coincide en que el resultado final de esa labor no tiene por qué revestir la forma de un proyecto de artículos; también podría adoptar la forma de informe sustantivo, como propone el Grupo de Estudio. En lo que respecta a la cuestión planteada por la Comisión en el capítulo III de su informe, su delegación destaca que las cláusulas de la nación más favorecida no se limitan a las esferas del derecho comercial y de las inversiones; también se utilizan con frecuencia en otros ámbitos, como el de los acuerdos internacionales sobre asuntos de navegación y los acuerdos relativos a las sedes de organizaciones internacionales.

85. **El Sr. Huth** (Alemania) hace referencia al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y dice que acoge con

beneplácito la amplia compilación de prácticas estatales pertinentes que figuran en el segundo informe del Relator Especial y está de acuerdo con su enfoque cauto y equilibrado, que se centra en la *lex lata* y destaca la práctica pertinente de los Estados, las organizaciones internacionales y los tribunales internacionales. Está claro que el tema es apto para la codificación y no para el desarrollo progresivo, por varias razones. En primer lugar, su índole delicada desaconseja establecer normas que podrían ser contrarias a lo que los Estados consideran necesario para la conducción de las relaciones internacionales. En segundo lugar, no son los gobiernos sino los tribunales, a través de sus decisiones, los que suelen formular la práctica de los Estados con respecto a la inmunidad; los tribunales tienen la obligación de aplicar la ley, incluido el derecho internacional, tal como está formulado, y al centrarse en la *lex lata* cuando aplican el derecho internacional necesitan un marco normativo previsible e indiscutible. En el sistema jurídico alemán, por ejemplo, la cuestión de la inmunidad de los funcionarios extranjeros se trata en el artículo 20 de la Ley del poder judicial, que hace referencia explícitamente a las normas generales del derecho internacional, incluido el derecho consuetudinario, y exige que los tribunales determinen si hay inmunidad en un caso dado.

86. Su delegación está de acuerdo en que las excepciones al principio de inmunidad deben estar fundadas en el derecho internacional consuetudinario; un análisis amplio de la práctica de los Estados es esencial para determinar las posibles excepciones. Su delegación también está de acuerdo con la observación del Relator Especial de que la infracción de una norma de *jus cogens* no deja sin efecto necesariamente la inmunidad; como se indicó durante el debate de la Comisión sobre el tema, concluir que tales normas están por encima de las normas que rigen la inmunidad equivaldría a confundir normas de derecho sustantivo con normas de procedimiento.

87. Aunque la lucha contra la impunidad tiene gran importancia para su delegación, esta rechaza la idea de que la inmunidad conduce a la impunidad y subraya que la inmunidad no se aplica forzosamente a los actos criminales cometidos por funcionarios extranjeros. Los funcionarios del Estado que cometen actos ilícitos son plenamente responsables con arreglo a las leyes de sus respectivos Estados, que tienen la obligación de ejercer la jurisdicción sobre ellos, lo que constituye una norma

tradicional e indiscutible. Además, siempre existe la posibilidad de una renuncia. El ejercicio de la jurisdicción por el Estado del funcionario y las renunciaciones a la inmunidad son instrumentos importantes del esfuerzo común por luchar contra la impunidad, y habría que alentar a los Estados a que los utilicen. En los casos de delitos de derecho internacional graves en que ambos mecanismos hayan sido ineficaces por cualquier motivo se necesita un enfoque cuidadoso. Hay que encontrar un equilibrio entre la necesidad de garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales y la necesidad de evitar la impunidad por los delitos graves tipificados en el derecho internacional, como se destacó en los debates de la Comisión, y parece que la mejor manera de abordar tales casos es por conducto de instituciones internacionales como la Corte Penal Internacional.

88. En cuanto a la cuestión fundamental, aunque difícil, de que altos funcionarios del Estado tienen derecho a gozar de inmunidad *ratione personae*, su delegación está de acuerdo con el enfoque de la Comisión de recopilar la práctica pertinente de los Estados. Por último, no deben escatimarse esfuerzos para evitar enmarcar el debate sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado de una manera que provoque un enfrentamiento entre las posiciones modernas y las tradicionales.

89. En lo que respecta al tema de los tratados en el tiempo, el orador dice que la determinación del papel de los acuerdos y prácticas ulteriores como medio de interpretación es esencial, toda vez que los principales tratados envejecen y que los contextos cambian; muchos tratados internacionales no se pueden enmendar fácilmente, pero deben seguir cumpliendo su propósito. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior son medios de interpretación particularmente característicos del derecho internacional. Aunque su importancia no se puede negar, la manera en que han sido utilizados no se ha estudiado lo suficiente; hace falta un análisis exhaustivo de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales.

90. La labor realizada por la Comisión hasta la fecha representa un avance fundamental hacia el establecimiento de criterios manejables y previsibles de utilización de los acuerdos y la práctica ulteriores como medios de interpretación de los tratados. El amplio análisis del Presidente del Grupo de Estudio de los enfoques respecto de la interpretación de los distintos órganos judiciales internacionales y sus nueve

conclusiones preliminares servirán de base para ahondar en el tema; se trata de conclusiones equilibradas que muestran la importancia de los acuerdos y la práctica ulteriores sin ignorar su relación con otros medios de interpretación. Además, están redactadas de manera flexible y abierta, lo que deja espacio para incorporar las conclusiones que se deriven de futuros informes y del examen de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. Su delegación alienta a los Estados y las organizaciones internacionales a que ofrezcan ejemplos de prácticas pertinentes a la Comisión y, dada la importancia del tema, apoya el nombramiento de un relator especial.

Tema 143 del programa: Administración de Justicia en las Naciones Unidas (continuación) (A/C.6/66/L.13)

91. **El Sr. Kittichaisaree** (Tailandia), Presidente del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia en las Naciones Unidas, recuerda que en el informe oral que presentó a la Sexta Comisión en su 17ª sesión, indicó que el Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia en las Naciones Unidas había recomendado que el Presidente de la Comisión enviara una carta al Presidente de la Asamblea General en la que señalara a su atención algunas cuestiones específicas en relación con los aspectos jurídicos de los informes sobre el tema derivados de los debates de la Comisión y las cuestiones respecto de las cuales se solicitaban más información y aclaraciones. En la misma sesión se distribuyó un borrador de la carta. En vista de las observaciones sobre el borrador hechas por algunas delegaciones, sostuvo consultas oficiosas con las delegaciones interesadas con miras a dar cabida a sus preocupaciones y llegar a un texto que gozara de aceptación general. El borrador se revisó posteriormente y se volvió a distribuir.

92. En el cuarto párrafo se hizo el siguiente agregado: “[Diversas delegaciones hicieron hincapié en la importancia de respetar el marco jurídico dentro del cual opera el sistema de administración de justicia,] recordando que todo recurso a los principios generales y a la Carta debía enmarcarse en el contexto de los estatutos del Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas y del Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas, así como de las resoluciones de la Asamblea General y las publicaciones administrativas que fueran pertinentes”. En el quinto párrafo, la segunda oración se enmendó a fin de ajustarla al párrafo 4 de la resolución 61/261. Además, las

oraciones relativas a la sustanciación de los procedimientos ante los Tribunales, que figuraban en el décimo párrafo de la versión anterior del borrador, pasaron a ser el quinto párrafo. En el sexto párrafo se hizo un agregado a fin de indicar que las delegaciones habían opinado que “debería pedirse a la Quinta Comisión que examinara detalladamente la cuestión de la presentación de información, por diversos elementos del sistema de administración de justicia, sobre la evolución de la situación en el ámbito de la administración de justicia”.

93. El séptimo párrafo se enmendó como sigue con objeto de aclararlo: “[En lo que se refiere al número de magistrados del Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas,] las delegaciones expresaron preocupación por el hecho de que, como a fines de 2011 expiraría el mandato de tres magistrados *ad litem*, se reduciría a la mitad el número de magistrados y que, habida cuenta de que el número de causas ante el Tribunal podía aumentar o por lo menos mantenerse relativamente constante, ello diera lugar a una acumulación de trabajo atrasado y a demoras importantes en la tramitación de las causas lo que, a su vez, planteara problemas graves en cuanto al debido proceso”. Se introdujeron algunos cambios de redacción en el octavo párrafo y se añadió una oración al final: “Además, algunas delegaciones preguntaron sobre la información existente respecto al monto de las indemnizaciones otorgadas por los Tribunales”.

94. En el décimo párrafo, se hizo el siguiente agregado relativo a los mecanismos de solución de controversias para el personal que no es de plantilla: “En lo relativo a las categorías de personal que no es de plantilla y que no queda abarcado por el procedimiento de arbitraje, algunas delegaciones propusieron que se pidiera al Secretario General que proporcionara información sobre las medidas que convendría poner a disposición de esas personas para ayudarles a enfrentarse con las controversias que pudieran surgir. Las delegaciones recordaron también que algunas categorías de personal que no es de plantilla ni queda abarcado por el procedimiento de arbitraje tienen la posibilidad de acceder al sistema informal de justicia, es decir, presentar su caso al Ombudsman, lo que podría constituir un tipo de recurso útil para ese grupo de personas. Algunas delegaciones expresaron interés en que todas las categorías del personal que no fuera de plantilla pudieran recurrir al sistema informal. Varias

delegaciones recordaron que la Asamblea General, en muchas ocasiones, había hecho hincapié en que la resolución informal de conflictos era un elemento crucial de la administración de justicia, por lo que el sistema oficioso debía utilizarse con la mayor frecuencia posible para evitar litigaciones innecesarias. En lo relativo al acceso del personal que no es de plantilla al proceso de evaluación interna, algunas delegaciones manifestaron interés en recibir más información sobre la posible puesta en práctica de esa posibilidad”.

95. En el duodécimo párrafo, se añadió la oración siguiente: “En lo relativo al proyecto de código de conducta, las delegaciones reiteraron su solicitud de que el Consejo de Justicia Interna aclarara más el principio de ‘publicidad de los actos judiciales’ bajo el epígrafe ‘Transparencia’”. Al respecto, el Grupo de Trabajo señaló también que la frase “es decir, que para que haya justicia esta debe ser pública” que figura en el proyecto de código de conducta de los magistrados del Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas y el Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas (A/C.6/66/L.13) no explica adecuadamente el principio de la publicidad de los actos judiciales y puede plantear obligaciones que el Tribunal Contencioso-Administrativo y el Tribunal de Apelaciones tal vez no puedan cumplir en las circunstancias actuales.

96. De conformidad con la práctica anterior, la carta revisada, que se espera reciba el pleno apoyo y consenso de la Comisión, incluirá la petición de que se señale a la atención del Presidente de la Quinta Comisión y se distribuya como documento de la Asamblea General. Por otra parte, el orador agradecería que su informe oral se señalara a la atención del Consejo de Justicia Interna y se tuviera en cuenta en las aclaraciones del Consejo sobre el principio de la publicidad de los actos judiciales.

97. **El Presidente** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea enviar la carta al Presidente de la Asamblea General.

98. *Así queda acordado.*

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.