

CRÓNICA DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL: LA LABOR DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (64ª Sesión)

Eva María Rubio Fernández*

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*). III. EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS. IV. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASO DE DESASTRE. V. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO. VI. LOS TRATADOS EN EL TIEMPO. VII. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA. VIII. APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS. IX. FORMACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La 64ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) tuvo lugar del 7 de mayo al 1 de junio y del 2 de julio al 3 de agosto de 2012, bajo la Presidencia de Lucius Caflisch (Suiza)¹.

Los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre el informe de la sexagésimo cuarta sesión de la CDI tuvieron lugar los días 1-2, 5-6 y 16 de noviembre, y el correspondiente borrador de resolución cabe pensar que será adoptado por la Asamblea General al término del debate de ésta del oportuno informe de la Sexta Comisión, el cual tendrá lugar el 14 de diciembre de 2012². La representación de la CDI

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia (evarubio@um.es).

Todos los enlaces a documentos oficiales de Naciones Unidas están realizados a su ubicación original en el servidor de la Organización, correspondiéndole de forma exclusiva la autoría de los mismos.

¹ Vid. *Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10*, Doc. [A/67/10](#), adoptado el último día de la sesión de la CDI y publicado el 7 de septiembre, distribuido el 15 de octubre de 2012, parágrafos 1 y 3.

² Vid. el proyecto de resolución en Doc. [A/C.6/67/L.13](#), de 7 de noviembre, *Journal of the United Nations*, Doc. [2012/229](#), de 1 de diciembre, p. 8, así como los siguientes Comunicados de Prensa de la Sexta Comisión: *Upholding Tradition of Consensus, Legal Committee Approves 11 Draft Resolutions, One Request for Observer Status in Final Debate*, Doc. [GA/L/3451](#), de 16 de noviembre de 2012, *Despite Delays after Storm, Legal Committee Heralds Progress on 11 Draft Resolutions, Two Working Group Reports*, Doc. [GA/L/3450](#), de 9 de noviembre, *As Debate Concludes, Legal Committee Urges International Law Commission to Establish Global Rules of Customary Law Based on State Practice*, Doc. [GA/L/3449](#), de 6 de noviembre, *Delegations Urge Expanded 'Foreign Criminal Jurisdiction'*

estuvo asumida por su Presidente, así como por el Relator Especial sobre la “expulsión de extranjeros”, Maurice Kamto (Camerún). Desde la CDI y al no poseer ya la condición de miembro de la misma, se solicitó a la Sexta Comisión que invitara al que fuera Relator Especial del tema “reservas a los tratados”, Alain Pellet (Francia), cuando procediese a discutir el tema, algo que se ha solicitado continúe cuando sea presentado el informe de la labor desplegada en la 65ª sesión de la CDI³.

Será igualmente el órgano plenario quien presumiblemente en la reunión de diciembre proceda a la elección de la persona que cubrirá la vacante dejada en la CDI por la dimisión con efecto inmediato de Stephen C. Vasciannie (Jamaica), presentada el 22 de julio de 2012, ante su nombramiento como Embajador de su país en los Estados Unidos de América. Las candidaturas presentadas han sido las de Kathy-Ann Brown (Jamaica), María del Luján Flores (Uruguay) y un antiguo conocido de la CDI, Marcelo Vázquez-Bermúdez⁴.

Dos fueron los temas que se abordaron en las diecisiete sesiones que mantuvo el Comité de Redacción, presidido por Donald M. McRae (Canadá), del 7 de mayo al 5 de julio (por tanto, en la primera parte de la sesión de la CDI)⁵. Así, bajo presidencia de Mahmoud D. Hmoud (Jordania), en su seno se trataron las cuestiones relativas a la “expulsión de extranjeros” y la “protección de las personas en caso de desastre”. Por otra parte, el 18 de mayo de 2012 se volvían a constituir los Grupos de Estudio sobre los “tratados en el tiempo” y “la cláusula de la nación más favorecida”, y cuatro días más tarde, se establecía un Grupo de Trabajo sobre la “obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”. A su vez, el Grupo de Planificación estableció el Grupo de Trabajo sobre el “programa de trabajo a largo plazo”, también presidido por Donald M. McRae (Canadá)⁶.

La celebración de la 65ª sesión tendrá lugar en Ginebra del 6 de mayo al 7 de junio y del 8 de julio al 9 de agosto de 2013, lo que significa que la sesión volverá a transcurrir en la horquilla de diez/doce semanas recomendada por la CDI⁷.

1. Decisiones relacionadas con el programa de trabajo de la CDI

El programa de trabajo de la CDI en su 64ª sesión fue modificado al hilo de su transcurrir, no tanto para dejar de abordar los temas ya previstos en un primer

Immunity for Broader Range of State Officials, Doc. [GA/L/3448](#), de 5 de noviembre, *Natural Disaster Relief Draft Articles Need Clearer Parameters, Argue Delegates as Legal Committee Continues Review of International Law Commission Report*, Doc. [GA/L/3447](#), de 2 de noviembre, y *As Annual Review of International Law Commission Report Begins, Delegates Urge to Contribute State Practice Information, Enable Commission's Progress*, Doc. [GA/L/3446](#), de 1 de noviembre de 2012.

³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 297-299 y Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 5.

⁴ *Vid.* Doc. [A/CN.4/655](#), de 23 de julio de 2012, Doc. [A/CN.4/655/Add.1](#), de 10 de agosto de 2012, y Doc. [A/CN.4/655/Add.2](#), de 17 de septiembre de 2012.

⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 6-7.

⁶ Doc. [A/67/10](#), párrafos 8-10.

⁷ Doc. [A/67/10](#), párrafo 290.

momento⁸, como para incorporar dos nuevas temáticas y comenzar el debate sobre las mismas. Nos referimos a los temas sobre la “aplicación provisional de los tratados” y “formación y prueba del Derecho Internacional Consuetudinario”⁹. Temas que se encontraban entre los recomendados por el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo en la sesión anterior y cuya inclusión será presumiblemente *observada con aprecio* por la Asamblea General¹⁰. En este sentido, es oportuno indicar que para este último órgano se debe seguir otorgando prioridad en su tratamiento a los temas relativos a la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” y a “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”¹¹.

Por otra parte, en su 3136ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2012, la CDI decidió modificar el método de trabajo a desarrollar alrededor del tema “Los tratados del tiempo”, con vistas a la 65ª sesión, visto que el propio Grupo de Estudio había pedido estrechar el marco de estudio de la cuestión. De este modo, se nombró a Georg Nolte (Alemania) Relator Especial para el tema, ahora rebautizado como “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”¹².

El Grupo de Planificación, en un discurso que luego fue hecho suyo por la CDI, recordó el acuerdo adoptado en la sesión anterior en virtud del cual al inicio de un nuevo tema se debería fijar un calendario provisional de desarrollo del estudio y una delimitación de los objetivos perseguidos sobre la base de las indicaciones de los Relatores Especiales, siempre desde una comprensión flexible y modificable¹³. En virtud de lo cual, para el período 2013-2016, se previó la finalización y aprobación en segunda lectura del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros para 2015; la finalización y adopción en segunda lectura del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre para 2016; la posible aprobación en primera lectura del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado para 2016; la aprobación del informe final sobre la cláusula de la nación más favorecida para 2015; la finalización del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados para 2016; así como la presentación del cuarto informe sobre aplicación provisional de los tratados y la de la serie integrada y revisada de conclusiones o directrices sobre formación y prueba del Derecho Internacional Consuetudinario para su examen o aprobación para el último año del quinquenio. Respecto del tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), se ha acordado determinar su continuidad en el programa y, en su caso, en qué forma en la próxima sesión de la CDI¹⁴.

⁸ Programa provisional del 64º período de sesiones, Doc. [A/CN.4/649](#), de 5 de enero de 2012.

⁹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 12, en el que consta el programa definitivo de trabajo con las modificaciones incluidas en su 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012 (Doc. [A/CN.4/SR.3132](#), de 7 de junio de 2012, p. 16).

¹⁰ Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 7.

¹¹ Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 8.

¹² Doc. [A/67/10](#), párrafos 22 y 227.

¹³ Doc. [A/66/10](#), párrafo 378.

¹⁴ Informe del Grupo de Planificación, Doc. [A/CN.4/L.798](#), de 24 de julio de 2012, párrafos 2-4, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 271-273.

Dentro de su contribución al marco de reflexión abierto en la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, la adopción de la [resolución 66/102](#), de 9 de diciembre de 2011, derivó en una nueva reiteración por la CDI de la vigencia de las observaciones formuladas en sesiones anteriores y del claro papel que desarrolla este órgano a favor del estado de derecho en los planos nacional e internacional. No en vano se ha afirmado que el estado de derecho es la esencia de la CDI, y que su labor de codificación y desarrollo progresivo es la forma que tiene de expresar su promoción del mismo. Por ende, se reiteró la ligazón entre su labor de promoción del estado de derecho y su obligación de “tener en cuenta, cuando proceda, los principios de derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho en el plano nacional”, aunque en esta sesión se eliminó de su enumeración expresa el tema “la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere, aut iudicare*), cabe suponer que por las inquietudes que se ciernen sobre su futuro en la CDI¹⁵. Por su parte, los altos representantes de los Estados Miembros tuvieron a bien encomiar dicha labor en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, [resolución 67/1](#), de 24 de septiembre de 2012 (párrafo 33).

2. Consideraciones alcanzada sobre los métodos de trabajo de la CDI

Tras la atención prestada a esta cuestión en la sesión anterior, la CDI ha bajado la intensidad en sus propuestas metodológicas. Será en el seno de la Sexta Comisión y, presumible, de la Asamblea General donde más referencias se harán al respecto de cara a animar la continuidad de las mejoras aplicadas, la consecución de la eficiencia y productividad en su labor, el mantenimiento de la práctica de consultas officiosas o al aplazamiento del examen de ciertas medidas (p. ej., la celebración de la mitad de la sesión en Nueva York, cuyo estudio se ha propuesto sea diferido al 68º período de sesiones de la Asamblea General)¹⁶.

Por lo demás, desde la CDI se ha insistido en el importante papel que desempeñan los Relatores Especiales y en las argumentaciones sobre los honorarios de éstos, cuya cuantía actual “compromete el apoyo a su labor de investigación”¹⁷.

En cuanto a la puesta en práctica de alguna de las decisiones adoptadas sobre los métodos de trabajo¹⁸, es oportuno señalar que los informes presentados por los Relatores Especiales se habilitaron para los miembros, al menos, con seis semanas de antelación a su tratamiento por los miembros de la CDI. Respecto a la extensión máxima de dichos informes, la recomendación de no exceder en lo posible las cincuenta páginas fue respetada en general, a excepción del informe relativo a la protección de las personas en caso de desastre, que excedió dicha cifra en diez páginas. Asimismo, los Relatores Especiales de temas de tratamiento incipiente se han pronunciado sobre la

¹⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 274-279. Cita textual extraída del párrafo 276.

¹⁶ Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafos 10, 12-14 y 16.

¹⁷ Doc. [A/67/10](#), párrafo 280.

¹⁸ Doc. [A/66/10](#), párrafos 372 y 383.

forma que consideran han de tener los resultados de la labor de la CDI sobre los mismos, como ha sido ya puesto de manifiesto.

3. Cuestiones relativas a la documentación y a las publicaciones

Durante esta sesión, se volvió a insistir en el reconocimiento a la labor realizada desde la Secretaría. En esta ocasión, en relación con la publicación de la octava edición del trabajo *La Comisión de Derecho Internacional y su obra* (curiosamente, aún no disponible en línea), así como respecto de la decisión de la División de Codificación de publicar una nueva edición al inicio de cada quinquenio de cara al suministro de información actualizada. Igualmente, la CDI se congratuló de la publicación al día del [Anuario Jurídico de las Naciones Unidas](#) (lo hacía por el volumen correspondiente a 2010, pero ya está disponible el del año 2011), así como de la reanudación en la publicación de la [United Nations Legislative Series](#) con la obra *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2012), disponible en línea¹⁹. Respaldo y alentó la continuidad en el uso de la maquetación electrónica por parte de la División de Codificación como forma de disminuir los retrasos en la publicaciones, e insistió en la trascendencia y necesidad del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, instándose a que se sigan solicitando contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario correspondiente para eliminar el retraso que la misma arrastra²⁰.

En el apartado de publicaciones en línea, lo más destacable quizá sea que las versiones preliminares de las Actas resumidas correspondientes a esta sesión ya están disponibles para su consulta en la página correspondiente a la lista de documentos de la sesión de la CDI, aunque no estén todas aptas para consulta en ambos idiomas. Ello supone un paso importante en la transparencia de la labor desarrollada por la CDI, pero, sobre todo, para la profundidad e interés de las investigaciones científicas relacionadas²¹.

II. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (AUT DEDERE AUT JUDICARE)

Tras la marcha de la CDI del Relator Especial de este tema, Zdzislaw Galicki (Polonia), se decidió no nombrar sucesor y continuar los trabajos sobre la cuestión a través del formato de Grupo de Trabajo, presidido por Kriangsak Kittichaisaree (Tailandia). Se mantendrían en el mismo cuatro reuniones ordinarias (22 y 30 de mayo, 25 de junio y 12 de julio de 2012) y una extraordinaria (24 de julio), motivada por la lectura por la Corte Internacional de Justicia de la [sentencia](#) en el asunto sobre las *cuestiones relativas*

¹⁹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 281.

²⁰ Doc. [A/67/10](#), párrafos 282-284 y 287. La Asamblea General, presumiblemente, respaldará la importancia del Anuario y su distribución en los diferentes idiomas, al igual que reiterará la solicitud de contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario (Doc. [A/C.6/67/L.13](#), preámbulo y párrafos 27-28. Recordamos que de esta publicación se habilitó una página web donde poder consultar el texto (<http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm>). Los ejemplares disponibles llegan hasta 2004.

²¹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 289 *in fine*, y Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 24.

a la obligación de juzgar o extraditar (*Bélgica c. Senegal*), el 20 de julio de 2012, para llevar a cabo un examen preliminar de la misma. El tratamiento por el pleno de la CDI se limitaría a la constitución del Grupo de Trabajo (3132ª sesión, de 22 de mayo), a tomar nota del informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo (3152ª sesión, de 20 de julio) y a la aprobación con alguna enmienda, del correspondiente capítulo del informe de la CDI (3157ª sesión, de 2 de agosto)²².

Teniendo presente que la principal conclusión obtenida en la reunión extraordinaria fue la necesidad de un análisis más profundo para determinar el alcance de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, los resultados de la labor del Grupo de Trabajo se centraron en el programa inicial de su labor sustantiva²³.

De este modo, su Presidente puso de manifiesto que los miembros del Grupo de Trabajo habían sugerido tres posibles cuestiones sobre las cuales estructurar el planteamiento del tema: armonización de los regímenes de los tratados multilaterales, dada su complejidad; evaluación de la interpretación, aplicación y ejecución reales de las cláusulas que prevén esta obligación en situaciones concretas; y, por último, en el campo de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, la valoración de si estamos ante una norma consuetudinaria alrededor de esta obligación y, en su caso, cuál es su naturaleza o alcance, o ante un principio general del derecho. Las tres opciones contaron con posiciones discordantes. En el caso de la perspectiva primera, el inconveniente se situó en el diferente funcionamiento de la obligación en los regímenes convencionales y en la inutilidad de elaborar un proyecto de artículos ante tal profusión de previsión convencional multilateral. Por su parte, en torno a la segunda perspectiva, se argumentó la falta de utilidad de un estudio de los hechos concretos, máxime cuando no se había solicitado a la CDI aclarar ningún problema sistémico grave en los regímenes convencionales en vigor. Finalmente, en lo que a la tercera perspectiva se refiere, las sugerencias que pidieron que esta labor se centrara en la relación entre esta obligación y los delitos fundamentales previstos en Derecho Internacional, fueron contestados en el sentido de que este aspecto ya había sido abordado por el [Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad](#) y que su ampliación a otra gama de delitos implicaría el estudio del derecho de extradición y el ejercicio de la facultad discrecional de enjuiciamiento, sobre los cuales había práctica divergente²⁴.

Sin dejar de lado el extremo planteado por la tercera perspectiva, en el Grupo de Trabajo se planteó que la principal rémora para el tema estaba en que no se podía afirmar que esta obligación fuese una norma consuetudinaria. Así, ni tan siquiera se podía afirmar sin género alguno de dudas que lo fuera respecto de los delitos fundamentales, puesto que los proyectos de artículo 8 y 9 del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad no habían respondido a un análisis de la práctica estatal existente. Asimismo, se señaló la importancia de examinar la práctica desde 1996, de estudiar diferenciadamente los delitos fundamentales y los de

²² Doc. [A/67/10](#), párrafos 9 y 206-207, Doc. [A/CN.4/SR.3152](#), de 21 de agosto de 2012, pp. 6-7, y Doc. [A/CN.4/SR.3157](#), de 23 de agosto de 2012, pp. 4-6.

²³ Doc. [A/67/10](#), párrafo 220.

²⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafo 210.

otro tipo, y de analizar el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad para determinar su posible incidencia en la obligación de extraditar o juzgar²⁵.

Los acuerdos generales giraron alrededor de la necesidad de centrar la labor en la obligación de extraditar o juzgar, pero no en las dos obligaciones en sí mismas, y de lo indiferente que sería para el avance en el logro de resultados optar por examinar esta obligación como un principio general del derecho en lugar de cómo una norma consuetudinaria²⁶.

Una vez más, se debatió sobre la relación de este tema con la jurisdicción universal, existiendo posiciones claramente diferenciadas entre los partidarios del tratamiento conjunto, incluso fundamental del principio de jurisdicción universal en lo que se refiere a la obligación de extraditar o juzgar, y quienes consideran que la cuestión no debe ser abordada por la CDI, al menos a la égida de este tema y mucho menos estando viva la línea de trabajo de la Sexta Comisión sobre este principio²⁷.

En lo relativo a la labor futura, se acordó que para la 65ª sesión, el Presidente del Grupo de Trabajo presentará un documento de trabajo donde figurarán su análisis de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de julio de 2012, en los aspectos relacionados con el tema, las deliberaciones hechas en el propio Grupo de Trabajo y en la Sexta Comisión, y otros posibles desarrollos, y será este documento el que vertebrará los debates en el Grupo de Trabajo que deberá hacer propuestas concretas a la CDI. Una decisión que se vio precedida por el debate acerca de la viabilidad del tema, en el cual algunos consideraron útil su estudio porque resolvería problemas prácticos de los Estados a la hora de cumplir esta obligación, sosteniéndose que, incluso la imposibilidad de afirmar la existencia de una norma consuetudinaria al respecto, no mermaría el interés de esta labor como desarrollo progresivo del Derecho Internacional y ofrecimiento de un marco general de previsión en los tratados multilaterales que hiciese referencia a diferentes aspectos (relación con otros principio, condiciones que dan lugar a la existencia de esta obligación, relación con la entrega de un presunto delincuente a un tribunal penal internacional,...). Por otra parte, otros miembros pidieron cautela y esperar a las conclusiones que pudieran ser extraídas del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia para tomar una decisión sobre el futuro del tema, llegándose incluso a proponer su abandono por no ser posible realizar ninguna aportación sustancial en este momento²⁸. Una dirección ésta que parece no está en consonancia con la que, como se señaló *supra*, cabe pensar indicará la Asamblea General que solicitará prioridad en su tratamiento²⁹.

²⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafo 211.

²⁶ Doc. [A/67/10](#), párrafos 212-213.

²⁷ Doc. [A/67/10](#), párrafo 214.

²⁸ Doc. [A/67/10](#), párrafos 215-219 y 221.

²⁹ Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 8.

III. EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS

El Relator Especial, Maurice Kamto (Camerún), presentó su Octavo informe con la intención de “disipar los malentendidos” generados por el desajuste de los progresos de la CDI en su estudio del tema y la información presentada a la Sexta Comisión, y “responder a las observaciones suscitadas probablemente por no haber aclarado lo suficiente la metodología seguida en el tratamiento del tema, y determinar en qué medida podrían tenerse en cuenta ciertas propuestas que no hayan sido incorporadas ya”³⁰. Por ello, abarcaba el análisis de las observaciones realizadas o presentadas por los Estados y por la Unión Europea, cerrándose con una serie de observaciones finales realizadas por el propio Relator Especial. Observaciones gubernamentales que valoró mayoritariamente como cuestiones de redacción, lo que hacía que la remisión al Comité de Redacción de los proyectos de artículo ya efectuada por la CDI no supusiese un problema³¹.

El debate de este informe tuvo lugar en la CDI en su 3129ª sesión, celebrada el 8 de mayo de 2012, haciéndose lo propio con el informe del Comité de Redacción en sus sesiones 3134ª y 3135ª, de 29 de mayo, aprobándose en ésta última un total de 32 proyectos de artículos. Casi un mes más tarde, en sus sesiones 3152ª-3155ª, celebradas el 30 y 31 de julio, se adoptaron los correspondientes comentarios. En esa última sesión, se decidió la remisión a los gobiernos para que formularsen sus comentarios y observaciones el 1 de enero de 2014 a más tardar, lo que probablemente será respaldado por la Asamblea General³².

De este modo, se recogía la petición del Relator Especial de que la forma final fuese la de un proyecto de artículos para que recayese en la propia Asamblea General la decisión sobre la forma definitiva que habrán de tener estos resultados. Ello porque muchas habían sido las observaciones gubernamentales y de miembros de la propia CDI de que ésta no era la más adecuada, llegándose en algunos casos a sostener que no era un tema que se prestase a codificación. La argumentación del Relator Especial a favor de esta forma fue rotunda³³.

³⁰ Doc. [A/CN.4/651](#), de 22 de marzo de 2012, párrafos 3 y 54.

³¹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 39.

³² Doc. [A/67/10](#), párrafos 38 y 41-44, [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), Doc. [A/CN.4/SR.3129](#), de 21 de junio de 2012, pp. 5-16, Doc. [A/CN.4/SR.3134](#), de 29 de junio de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3135](#), de 31 de agosto de 2012, pp. 3-16, Doc. [A/CN.4/SR.3152](#), de 21 de agosto de 2012, pp. 18-22, Doc. [A/CN.4/SR.3153](#), Doc. [A/CN.4/SR.3154](#), y Doc. [A/CN.4/SR.3155](#), los tres últimos de 21 de agosto de 2012, y plenamente dedicados a la cuestión. *Vid.* la proposición de la Sexta Comisión a la Asamblea General en Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 6. El texto aprobado de los proyectos de artículo y sus comentarios están disponibles en Doc. [A/67/10](#), párrafo 46.

³³ Se transcribe la misma a continuación: “[n]ingún otro tema incluido en el programa de la Comisión en los tres últimos quinquenios presenta una base tan rica y copiosa para su codificación como el de la expulsión de extranjeros: un volumen considerable de instrumentos jurídicos internacionales, jurisprudencia internacional de origen diverso, cuantiosa legislación y jurisprudencia nacional y una profusión de estudios doctrinales. Varios temas tratados por la Comisión y que dieron lugar a proyectos de artículo, y no a directrices, normas rectoras o principios, no estaban respaldados por tanto material jurídico” (Doc. [A/CN.4/651](#), párrafo 56).

El Presidente del Comité de Redacción, Mahmoud D. Hmoud (Jordania), informó que se mantuvieron doce reuniones en las cuales se reformularon los proyectos de artículo a la luz de las observaciones y comentarios efectuados por los gobiernos, y se trataron algunas cuestiones que estaban pendientes, para concluir su labor con una revisión general del conjunto de proyecto de artículos³⁴. Antes de introducirse en el detalle de su informe, como es usual, agradeció la labor del Relator Especial y de los miembros del Comité que presidía³⁵.

Dentro de la Parte Primera (“Disposiciones generales”), el proyecto de artículo 1 (“Ámbito de aplicación”) partió, como es usual, de la redacción dada por el Relator Especial. Las modificaciones principales respecto del párrafo 1 consistieron en la introducción a la mención de que el proyecto se aplica a los extranjeros que se encuentran “legal o ilegalmente en su territorio”, tal y como había decidido la CDI. Por otra parte, finalmente, se impuso la opinión mayoritaria en el Comité y contraria a la del Relator Especial, de no enumerar las categorías de extranjeros cubiertas. Respecto de su párrafo 2, relativo a la exclusión del alcance de los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades de acuerdo con el Derecho Internacional, se acordó la introducción en el comentario de una mención más específica de las personas que merecían tal consideración, así como la lista de aquellos tipos de extranjeros cubiertos (refugiados, apátridas, trabajadores migrantes y los miembros de su familia)³⁶.

La principal cuestión que ocupó al Comité de Redacción respecto del proyecto de artículo 2 (“Términos empleados”) fue la definición de expulsión, objeto de un extenso debate que concluyó con el respaldo a la sugerencia del Relator Especial de hacer una distinción entre el acto jurídico (formal) del Estado que conlleva la expulsión del territorio y el comportamiento (acto u omisión) de iguales consecuencias. Se acordó, asimismo, que en el comentario se incluirían la referencia al acto de coacción como una conducta central relacionada con la expulsión, pero también otras para explicar comportamientos, actos u omisiones, explicando así la inclusión de conductas de individuos o entidades privadas entre las mismas. En esa línea, se aclaró que la forma pasiva de conclusión del primera apartado del proyecto de artículo (“es compelido”) cubre las omisiones tales como el fracaso en la protección de un extranjero contra actos hostiles protagonizados por actores no estatales. Por otra parte, a través de la redacción de la definición de extranjero, se insistió en que no se cubría a las personas jurídicas y se excluyó el inciso que dejaba a salvo regulaciones internas más generosas para no provocar la exclusión de esos posibles colectivos del ámbito de aplicación del proyecto. Otro de los aspectos ampliamente debatidos fue la definitiva supresión de la definición de “territorio” y, aunque con menos intensidad, la de “frontera”³⁷.

Las principales modificaciones incorporadas al proyecto de artículo 3 (“Derecho de expulsión”) fueron la supresión a los principios fundamentales de Derecho Internacional como condicionante del ejercicio del derecho de expulsión por ser una expresión

³⁴ Doc. [A/CN.4/L.797](#), de 24 de mayo de 2012.

³⁵ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 2

³⁶ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 2-3.

³⁷ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 3-5

demasiado restrictiva, y la adición de una mención específica de las normas relativas a los derechos humanos, no considerándose necesario incluir otra referida a la buena fe³⁸.

Los cambios experimentados por el texto del proyecto de artículo 4 (“Obligación de conformidad con la ley”) fueron motivados por el deseo de evidenciar que la necesidad de resolución conforme a ley para poder expulsar se aplica en todos los casos, incluidos los de presencia no legal, sobre lo que se insistiría en el comentario. Allí también se indicaría que los Estados deben incluir en sus ordenamientos internos reglas y previsiones sobre los extranjeros presentes no legalmente en su territorio y sobre que la conformidad a la ley ha de ser respecto de normas formales y sustantivas³⁹.

El proyecto de artículo 5 (“Motivos de expulsión”) recibió las modificaciones más significativas alrededor de su segundo párrafo relacionado con la necesidad de previsión del motivo de expulsión en la ley para efectuar ésta. Se estimó que con esa referencia genérica era suficiente para cubrir todos los supuestos, pero se mantuvo la referencia específica a la seguridad nacional y al orden público, que serían precisados en sede de comentarios, por su especial relevancia en los supuestos de expulsión⁴⁰.

Entrando en la Parte Segunda (“Casos de expulsiones prohibidas”), el Comité de Redacción decidió que la definición de refugiado y apátrida se incluiría en comentarios y se haría en referencia a las Convenciones específicas, universales o regionales, dejando a salvo cualquier posible definición de refugiado que fuese más amplia que los textos convencionales⁴¹.

La previsión relativa a “La prohibición de la expulsión de refugiados” (proyecto de artículo 6) fue reformulada para ajustarse más a lo previsto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), intentando superar las críticas recibidas por el Relator Especial de refundir los artículos 32 y 33 de ésta sin mencionar el principio de no devolución. De este modo, se subdividió en tres apartados. El primero se limitó a los refugiados que se hallan legalmente en el territorio, dejando a salvo su expulsión por motivos de seguridad nacional u orden público, suprimiéndose las referencias al terrorismo o la condena por un tribunal por un crimen o delito grave que constituya un peligro para la comunidad de ese Estado, por voluntad de diversos miembros del Comité⁴².

El segundo párrafo, nacido de una propuesta del Relator Especial elaborada en base a decisiones judiciales y aportación doctrinal, generó una larga discusión en el Comité de Redacción. La aplicabilidad de la previsión del párrafo 1 al refugiado de presencia irregular en el territorio que ha solicitado dicho estatuto mientras que el examen de dicha solicitud se esté produciendo, finalmente no contiene la precisión de que no se aplicará cuando la solicitud sea efectuada a los efectos de eludir la expulsión. En el

³⁸ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 5-6.

³⁹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 6.

⁴⁰ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 6-7.

⁴¹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 7.

⁴² [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 8.

Comité de Redacción fue también donde se decidió que en comentarios se aclararía que, si una persona reúne los requisitos del refugiado, no importa que la solicitud sea a los efectos de eludir la expulsión. También que un refugiado lo es por reunir dichas condiciones, no por tener la resolución correspondiente, así como que un Estado podría expulsar a una persona que tiene el estatuto de refugiado de forma abusiva⁴³.

El párrafo tercero, la formulación del principio de no devolución, introducido por el Comité de Redacción, se basa profundamente en la redacción de la Convención (1951) y, tras debatirlo, se decidió no incluir un nuevo párrafo que se refiriese a otras cuestiones legales de los refugiados a cambio de incluir una cláusula “sin perjuicio de” en el proyecto de artículo 8⁴⁴.

La disposición sobre “La prohibición de la expulsión de apátridas” (proyecto de artículo 7) recibió los cambios necesarios para alinear su redacción con la ofrecida por la Convención relativa al Estatuto de las Personas Apátridas (1954), decidiéndose no incluir en su texto una disposición relativa al principio de no devolución, del estilo de la introducida en el proyecto de artículo de anterior. Ello porque se entendió que a ellos era aplicable el régimen general previsto en los proyectos de artículo 23 (“Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazadas”) y 24 (“Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”). Sí se entendió que otras cuestiones legales relativas a los apátridas quedaban cubiertas con la cláusula de salvaguardia del proyecto de artículo 8⁴⁵.

El proyecto de artículo 8 (“Otras normas específicas sobre la expulsión de refugiados y apátridas”) era nuevo y nacía del entendimiento de que era más apropiado introducir esta cláusula “sin perjuicio de” para cubrir las consideraciones procesales que están previstas en los correspondientes textos convencionales⁴⁶.

El texto propuesto sobre “[P]rivación de la nacionalidad con el único fin de la expulsión” (proyecto de artículo 9) nació de la falta de previsión en el texto de una disposición que hiciese referencia a la prohibición de expulsar nacionales, por lo que resultaba incorrecto hacer una referencia a la desnacionalización en sede de comentarios. Algo que el Comité tenía pensado hacer para recoger el sentido de las conclusiones aprobadas por la CDI sobre las cuestiones relacionadas con la expulsión de extranjeros de nacionalidad múltiple o por desnacionalización, elaboradas en su 60ª sesión por el oportuno Grupo de Trabajo. De esta forma, a propuesta del Relator Especial, se acogió este texto que versaba sobre una conducta abusiva y arbitraria en el sentido del artículo 15.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁷.

⁴³ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 8-9.

⁴⁴ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 9.

⁴⁵ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 9-10

⁴⁶ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 10

⁴⁷ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 11. Téngase presente que en el seno del Comité de Redacción se llevó a cabo un intenso debate sobre el proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial referido a la no expulsión de los nacionales. El desacuerdo fue lo

Respecto de la “[P]rohibición de la expulsión colectiva” (proyecto de artículo 10”), tras debatirlo oportunamente se llegó a la conclusión de incluir una eventual definición, pero, a diferencia de la propuesta hecha por el Relator Especial, sólo referida a la expresión “colectiva”. Se decidió también que en el comentario se aclararía que la comprensión de la expresión “examen razonable y objetivo de la situación particular” en el marco de la posibilidad de expulsión conjunta de los miembros de un grupo de extranjeros, respondería a la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cuanto al último párrafo de su texto, una cláusula “sin perjuicio de”, dejando a salvo la aplicabilidad de las normas de Derecho Internacional Humanitario en caso de expulsión colectiva durante un conflicto armado fue el resultado también de vivos debates en los que se descartó mantener la propuesta del Relator Especial de recoger el derecho del Estado, bajo ciertas condiciones, de expulsar colectivamente a extranjeros en tiempo de conflicto armado⁴⁸.

La redacción de la “[P]rohibición de la expulsión encubierta” (proyecto de artículo 11) mantuvo finalmente la propuesta del Relator Especial acerca del término “encubierta”, a pesar de las opiniones expresadas en la CDI, porque recogían mejor el sentido de la situación contemplada. Se tomó igual decisión respecto a la definición de este tipo de expulsión, incluyendo algunas modificaciones para resaltar que las omisiones u otras conductas también podían entrar en este concepto. La mención a la posible intervención en dichas expulsiones de actores privados generó igualmente el vivo intercambio de opiniones en el Comité de Redacción, pero fueron mayoría los miembros que la sostuvieron a cambio de reforzar la idea de que nos encontramos sólo ante casos de acciones u omisiones atribuibles al Estado. Fue también el Comité de Redacción el responsable de sustituir la mención de los ciudadanos como tales actores por la de “nacionales u otras personas”⁴⁹.

El proyecto de artículo 12 (“Prohibición de la expulsión con fines de confiscación de bienes”) prácticamente no generó debate, ni sufrió cambios. Todo lo contrario del proyecto de artículo 13 (“Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso”) que, primero, despertó el debate acerca de su utilidad y, posteriormente, sobre su redacción, donde se solicitó un segundo párrafo que contemplase que ninguna expulsión en estas condiciones podría efectuarse al Estado que solicitaba la extradición o a un tercer Estado con interés en la extradición al Estado solicitante mientras que el procedimiento no se hubiese completado, salvo por motivos de seguridad nacional u orden público, lo que fue rechazado por ser demasiado absoluto. También se discutió la propuesta formulada en la Sexta Comisión de recoger una cláusula “sin perjuicio de”. Finalmente, se optó por una redacción general que sólo hiciese mención a que el Estado “no recurrirá” a la expulsión con este fin⁵⁰.

mayoritario en el Comité de Redacción y el borrador propuesto se suprimió (*ibíd.*, p. 10). *Vid.* RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., “Crónica de Codificación Internacional: La Labor de la Comisión de Derecho Internacional (60ª y 61ª sesiones) (62ª sesión: avance)”, *REEL*, n° 20, 2010, 79 pp., pp. 50-53.

⁴⁸ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 11-12.

⁴⁹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 12-13.

⁵⁰ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 14

Respecto al título de la Parte Tercera (“Protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión”), el Comité de Redacción lo modificó puesto que la expresión utilizada por el Relator Especial para el mismo y reiterada en otros lugares del conjunto de proyectos de artículo no era satisfactoria para muchos miembros. Se dio entrada así a la finalmente acogida (“subject to”) que, para el Comité, englobaba tanto el acto formal en sí de expulsión como todos los actos del procedimiento que dan lugar al mismo⁵¹.

Entrando en el Capítulo I de esta parte (“Disposiciones generales”), las decisiones más significativas adoptadas por el Comité alrededor del proyecto de artículo 14 (“Obligación de respetar la vida humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión”) vinieron del mantenimiento de la mención al trato con humanidad (“tratado humanamente” en la versión española) y a la “dignidad inherente al ser humano” para alinearlos en su redacción con el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁵².

Los debates sobre el proyecto de artículo 15 (“Obligación de no discriminar”) giraron principalmente, alrededor de la lista de motivos por los que no se puede discriminar en el ejercicio del derecho a expulsar que, en la propuesta del Relator Especial, respondía a la redacción del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Las sugerencias versaron sobre la adición de otros motivos no presentes en dicho texto (p. ej. asociación con una minoría) y sobre el respeto a lo dicho en el Pacto, triunfando esta última posición porque se estimó que algunos motivos eran todavía controvertidos (p. ej. orientación sexual). Fue en el Comité de Redacción donde se decidió incluir el último inciso de su párrafo 1 (“por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional”) para recoger los desarrollos habidos fuera del Pacto y los que pudiera haber en el futuro. También, donde se optó por incluir el comentario las referencias que cubre la discriminación que lleva a cabo la Unión Europea respecto de sus ciudadanos⁵³.

En el caso de las “Personas vulnerables” (proyecto de artículo 16), las modificaciones versaron sobre la protección a otorgar a este tipo de personas o la adición a la lista de otros colectivos que pudieran entrar en esta consideración. Finalmente, se decidió adoptar la formulación del Relator Especial con la referencia final “otras personas vulnerables”. La redacción de su párrafo 2 relativo a los niños, fue también modificado para que su texto se acercase más al del artículo 3.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño (1989)⁵⁴.

El proyecto de artículo 18 (“Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”) estuvo fuertemente inspirado por la propuesta del Relator Especial. Siendo imposible llegar a un acuerdo entre los miembros del Comité acerca de

⁵¹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 15.

⁵² [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 15-16.

⁵³ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 16-17.

⁵⁴ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 17-18.

si había que referirlo a toda persona presente en el territorio o bajo la jurisdicción o control del Estado que expulsa se suprimieron todas las referencias al respecto⁵⁵.

En lo relativo al proyecto de artículo 19 (“Condiciones de detención del extranjero objeto de expulsión”), los debates sobre su letra final partieron de la versión revisada presentada en 2010 por el Relator Especial a la CDI. Fue el Comité de Redacción el que decidió omitir la referencia al respeto de los derechos humanos para evitar reiteraciones con el proyecto de artículo 14, el que modificó el orden de los subpárrafos para potenciar el carácter no punitivo de la expulsión y la redacción propuesta para que no se desprendiese la obligación del Estado que expulsa de suministrar espacios diferentes a las prisiones para las personas detenidas de cara a su expulsión aunque con ello no se quisiese alterar la obligación de separarlos de las personas condenadas a penas privativas de libertad, dejando a salvo, eso sí, los supuestos de condena penal para las personas que van a ser expulsadas. Por otra parte, la duración de la detención por el tiempo razonablemente necesario se mantuvo para dar entrada a la autoridad judicial en la valoración, así como la referencia a que sólo ésta podrá acordar la prolongación de la misma, aunque en el Comité de Redacción se puso de manifiesto que, en muchos casos, no podrá cumplirse. En lo relativo a la revisión de la detención (que no de la decisión de expulsar), la modificación correspondiente trató de evitar redundancias en el texto *de lege ferenda* propuesto por el Relator Especial relativo a la revisión a intervalos regulares, manteniéndose en términos generales la previsión relativa a la finalización de la detención cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo⁵⁶.

Los cambios introducidos al proyecto de artículo 20 (“Obligación de respetar el derecho a la vida familiar”) respondieron en gran medida a la alineación del texto propuesto por el Relator Especial con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) y la decisión de vincular la posible interferencia en la vida familiar del extranjero a la previsión en ordenamiento jurídico del Estado expulsor, en lugar de en el Derecho Internacional⁵⁷.

En el Capítulo Tercero (“Protección en relación con el Estado de destino”), el proyecto de artículo 21 (“Salida hacia el Estado de destino”) respondió al borrador presentado por el Relator Especial pero se modificó su redacción para eliminar el uso de la expresión “animar la salida voluntaria” que podía dar lugar a abusos. También se suprimió la mención de las reglas del Derecho Internacional relativas al transporte aéreo para dar entrada a las observaciones de miembros de la CDI y de algunos Estados. Otras modificaciones respondieron a la generalización del texto de la previsión de concesión de un plazo razonable para preparar la salida, y a la inclusión en comentarios de la determinación del alcance de la expresión “tomando en consideración todas las circunstancias”,⁵⁸.

⁵⁵ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 19

⁵⁶ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 19-21.

⁵⁷ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 21-22.

⁵⁸ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 22-23.

El proyecto de artículo 22 (“Estado de destino del extranjero objeto de expulsión”), experimentó diferentes cambios respecto del texto original. Algunos de ellos fueron sustantivos para acoger las observaciones hechas de los miembros de la CDI. Sería el caso de la introducción de la solución de compromiso que señalaba como Estado de destino no sólo al Estado de la nacionalidad, sino también a otros Estados potenciales, o de la decisión de hacer mención expresa en el comentario a la interpretación hecha por el Comité de Derechos Humanos al artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos alrededor de la privación arbitraria del derecho de entrada en el propio Estado. En otro orden de cosas, el debate sobre su párrafo 2 sobre las situaciones en las que no hubiera sido posible identificar al Estado de la nacionalidad o a otro Estado con la obligación de acoger al extranjero en virtud del Derecho Internacional, fue intenso no habiendo sido posible superar las divergencias entre sus miembros sobre si ciertos Estados estarían dentro de los que tienen la obligación internacional de acogida (p. ej. el Estado de embarque)⁵⁹.

Entre los aspectos debatidos sobre el proyecto de artículo 23 (“Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida o su libertad estarían amenazados”), estuvieron los de su título, el relativo a la identidad de la lista de motivos por los que no se debe amenazar la vida o libertad con la lista relativa a la prohibición de discriminación del proyecto de artículo 15, el relacionado con la no expulsión a un Estado que “aplique” la pena de muerte o el de la decisión de no mencionar en el texto a los apátridas para incluir la referencia en el comentario⁶⁰.

En cuanto al proyecto de artículo 24 (“Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”), el Comité de Redacción lo reformuló para dar entrada a un texto más acorde con el del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y para suprimir su segundo párrafo donde el Relator Especial había dado entrada a la previsión relativa al riesgo de asunción de estas conductas por personas o grupos de personas actuando en su capacidad privada por considerarlo demasiado amplio y una cuestión objeto de la interpretación judicial, si bien se haría referencia a estas cuestiones en el comentario, donde también se remitiría a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹.

El único contenido del Capítulo Seis (“Protección en el Estado de tránsito”), el proyecto de artículo 25 (“Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión”) fue reformulado por el Comité de Redacción para acoger las observaciones de algunos miembros de la CDI relacionadas con la necesidad de aclarar que las obligaciones de protección de los derechos humanos que ha de respetar el Estado en tránsito son las que a él correspondan en virtud del Derecho Internacional⁶².

⁵⁹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 23-25.

⁶⁰ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 25-26.

⁶¹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 27-28.

⁶² [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 28.

Dentro de la Cuarta Parte (“Reglas específicas de procedimiento”), el proyecto de artículo 26 (“Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión”) fue objeto de un intenso estudio dentro del Comité de Redacción. Así, se modificó el texto presentado por el Relator Especial para dar entrada a la clarificación de que éste también se aplicaba a los extranjeros de presencia no legal en el territorio, tal y como fue solicitado por miembros de la CDI, si bien dejando a salvo la cláusula “sin perjuicio de” para los extranjeros cuya presencia ilegal tuviese una duración menor a los seis meses. Además, se introdujo la lista de estos derechos, modificándose algunos de ellos en aras de dar entrada a formulaciones más neutras (p. ej., el derecho a ser oído) o para referir parte de su contenido en comentarios (p. ej. la referencia a la no discriminación en el derecho de acceso a recursos efectivos para impugnar la resolución de expulsión). Por otra parte, el debate terminológico sobre si referirse a garantías o derechos procesales terminó resolviéndose a favor de la opción recogida por el Relator Especial y el referido al derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, remitiendo las consideraciones hechas a los comentarios. Peor suerte corrió la previsión hecha por el Relator Especial del derecho a la asistencia legal, puesto que, a la indicación de algunos miembros del Comité de Redacción de que había ordenamientos internos que no preveían tal derecho, fue suprimida decidiéndose que en comentarios sólo se haría mención a su posible reconocimiento en los mismos. Finalmente, el derecho a la protección consular recibió consideraciones para reajustar su contenido y comentario a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁶³.

El proyecto de artículo 27 (“Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión”) responde a una nueva formulación presentada por el Relator Especial y su inclusión se acordó sólo, cuando tras animado y extenso debate, se hicieron las puntualizaciones necesarias para dejar claro que nos encontrábamos ante una cuestión de desarrollo progresivo que sólo podría ser invocada por extranjeros de presencia legal en el territorio, acordándose que en comentarios se introduciría la mención de la voluntad de algunos miembros de la CDI de haberla visto igualmente referida a los extranjeros de presencia no legal que cumplieren cierto período de permanencia en el territorio u otras condiciones como la de gozar de un nivel suficiente de integración en el Estado expulsor, como así fue⁶⁴.

El proyecto de artículo 28 (“Procedimientos de recurso individual”) fue introducido por el Relator Especial al Comité de Redacción como resultado de los debates de la sesión anterior y bajo la fórmula de una cláusula “sin perjuicio de” del proyecto de artículo sobre protección diplomática. Tras el debate acerca de si mantener esta referencia transformada en párrafo independiente o elaborar dos proyectos de artículo diferentes, resultó elegida esta última opción⁶⁵.

La Quinta parte del conjunto de proyectos de artículo (“Consecuencias jurídicas de la expulsión”) comienza con las provisiones relativas a la “Readmisión en el Estado que expulsa” (proyecto de artículo 29). Texto que, al igual que en la CDI, despertó un

⁶³ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 28-32.

⁶⁴ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 32.

⁶⁵ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), p. 33

enconado intercambio de pareceres alrededor de la idoneidad de la referencia a los extranjeros de presencia no legal en el territorio o a su previsión singularizada en la medida en que podía ser subsumida en la hecha a la responsabilidad internacional del Estado a través de la *restitutio in integrum*. Una vez decidida su inclusión como proyecto de artículo en concepto de desarrollo progresivo, las precisiones del Comité de Redacción versaron sobre la limitación de su invocación por los extranjeros de presencia legal, sobre el alcance de la violación de la obligación que motivaba la ilegalidad de la resolución de expulsión y la necesidad de la determinación de dicha condición por la autoridad competente, sobre la referencia a la readmisión y no al retorno y a la posibilidad de denegación de la readmisión por motivos de seguridad nacional u orden público o por no concurrir en ese momento las condiciones requeridas para la admisión, si bien con la indicación del juego de la buena fe en su interpretación a través de la no utilización de la expulsión previa como motivo para la concesión del permiso correspondiente⁶⁶.

El proyecto de artículo 30 (“Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión”), aun fuertemente inspirado por la redacción dada por el Relator Especial, fue formulado evitando utilizar la expresión “derechos de propiedad” por no estar bien asentada en el Derecho de los Derechos Humanos, e intentando fortalecer esta obligación general, superando así las críticas hechas por algunos miembros de la CDI de debilitamiento de este deber derivado del texto propuesto por el Relator Especial. La CDI respaldó, por su parte, la ubicación de este proyecto al no trasladarlo a continuación del proyecto de artículo 20, en lo que era una posibilidad abierta por el Comité de Redacción⁶⁷.

El proyecto de artículo 31 (“Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita”), ampliamente respaldado por la CDI cuando fue propuesto por el Relator Especial, recibió algunas mejoras en su texto para subrayar que la responsabilidad surgía cuando la expulsión se había llevado a cabo violando alguna obligación internacional nacida de este proyecto de artículos o de cualquier otra fuente de Derecho Internacional, mientras que el proyecto de artículo 32 (“Protección diplomática”) sólo tuvo revisiones lingüísticas menores, debiendo ser entendido como una referencia a la institución tal y como está establecida en el Derecho Internacional⁶⁸.

La CDI concluyó, de momento, su tratamiento del tema agradeciendo al Relator Especial su “excelente contribución” basada en su investigación y su amplia experiencia. Un cierre provisional que no fue satisfactorio para todos los miembros. Así, aunque la propuesta de redacción de los agradecimientos estuvo formulada por el Presidente de la CDI, Lucius Caflisch (Suiza), fue él mismo el que estimó que la Comisión “a achevé péniblement l’adoption en première lecture des projets d’articles et

⁶⁶ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 33-35.

⁶⁷ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 35-36.

⁶⁸ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 29 de mayo de 2012](#), pp. 36-37.

de leurs commentaires sur l'expulsion des étrangers". Un comentario que recibió la réplica, llena de parabienes y agradecimientos, del Relator Especial⁶⁹.

IV. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASO DE DESASTRE

La CDI estudió este tema en sus reuniones 3138-3142, celebradas del 2 al 6 de julio de 2012, sobre la base del Quinto informe del Relator Especial, Eduardo Valencia Ospina (Colombia), en el cual se contenía una vista general de las posiciones gubernamentales emitidas hasta el momento a los proyectos de artículo 5-12, las conclusiones obtenidas de las respuestas ofrecidas por los representantes gubernamentales a la pregunta planteada por la CDI en la sesión anterior acerca de si existe el deber de prestar asistencia en caso de requerimiento por el Estado afectado, el análisis del deber de cooperar, las condiciones de la prestación de asistencia y la terminación de ésta. En la última de estas reuniones, la CDI remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo A, 13 y 14, siendo en la 3152^a sesión, celebrada el 30 de julio de 2012, cuando su Presidente presentaría el correspondiente informe en el que el proyecto de artículo A se propuso como proyecto de artículo 5 bis, así como los proyectos de artículo 13 a 15 y que, también, contuvo los trabajos sobre el proyecto de artículo 12 que había sido remitido en la anterior sesión, pero cuyo tratamiento había sido temporalmente imposible⁷⁰.

En el marco de los debates, se puso de manifiesto la inconveniencia de referirse a las relaciones entre el Estado afectado y los terceros Estados en términos de "derechos" y "deberes". Una observación que venía referida, principalmente, al deber de no denegar arbitrariamente el consentimiento a la prestación de asistencia por parte de terceros Estados. Ello porque en la mayoría de casos, la denegación no había respondido a la mala fe, porque no se había sido capaz de especificar las consecuencias específicas del incumplimiento de un deber tal y porque un diálogo en estos términos en poco hubiera cambiado las situaciones en las que ha habido una denegación arbitraria. Como una suerte de réplica, se afirmó lo inapropiado que resultaba al hablar de normas jurídicas realizar reflexiones referidas a acciones aceptables e inaceptables y la comprensión de que la fijación de derechos y deberes mínimos servía como detracción del fomento de la cooperación voluntaria. El Relator Especial apuntó al respecto que era conveniente no buscar la modificación de los proyectos de artículo que gozaban de consenso en primera lectura, postergando para la segunda lectura la posibilidad de la misma⁷¹.

⁶⁹ Doc. [A/CN.4/SR.3155](#), pp. 5-6. En el apartado de críticas a la metodología seguida por el Relator Especial, también cabe incluir las realizadas por algunos Estados y por la Unión Europea, lo cual fue ampliamente replicado por el Relator Especial hasta el punto de dedicar casi todo el apartado de su informe "Observaciones finales del Relator Especial" a ello (Doc. [A/CN.4/651](#), párrafos 51-54).

⁷⁰ Doc. [A/CN.4/652](#), de 9 de abril de 2012, Doc. [A/67/10](#), párrafos 53-56, Doc. [A/CN.4/L.812](#), de 12 de julio de 2012, [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 30 de julio de 2012](#), Doc. [A/CN.4/SR.3138](#), de 2 de agosto de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3139](#), de 14 de agosto de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3140](#), de 26 de julio de 2012, pp. 11-13, Doc. [A/CN.4/SR.3141](#), de 16 de julio de 2012, pp. 4-20, y Doc. [A/CN.4/SR.3152](#), pp. 13-18. El acta resumida de la sesión 3142^a a la fecha de entrega de este trabajo, aún no estaba disponible.

⁷¹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 62-63 y 75.

Por lo que respecta al carácter obligatorio o no de la acción del Estado que presta asistencia, el Relator Especial expuso en su informe que los ejemplos de la práctica convencional y de los trabajos de otras instituciones (principalmente del Instituto de Derecho Internacional) ponían de relieve que dicha acción es realmente voluntaria, si bien se puede señalar que, incluso de la redacción empleada en el propio informe, podríamos preguntarnos si los mismos apuntaban la inexistencia de esa obligación o su existencia condicionada a los límites de la capacidad nacional del Estado que prestaría la asistencia⁷². Sin embargo, en lo que claramente dejaba un menor margen de duda acerca de la ausencia de tal deber, también puso de manifiesto cómo la abrumadora mayoría de Estados que había respondido a la pregunta en el marco de los debates de la Sexta Comisión habían expresado su firme convencimiento de que la afirmación de esa obligación no tenía fundamento en el Derecho Internacional General⁷³. En todo caso, se dejaban a salvo los posibles acuerdos donde se estableciese la obligación de prestar asistencia de los Estados Partes⁷⁴.

La sugerencia relativa a la posibilidad de adjuntar un anexo al proyecto de artículos que contuviera un acuerdo modelo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de socorro humanitario tuvo detractores y partidarios, aunque el Relator Especial solventó la misma con la argumentación de que la asunción de esta tarea por parte de la CDI implicaría enriquecer el modelo de estatuto de las fuerzas militares de los Estados para operaciones de mantenimiento de la paz preparado por la Secretaría de Naciones Unidas, con las cuestiones relacionadas con los actores no militares, lo que derivaría en un texto muy amplio y, por lo demás, extremadamente detallado que conllevaría un exceso de sus funciones por parte de la CDI⁷⁵.

La proposición de un nuevo proyecto de artículo como desarrollo del deber general de cooperación, recogido en el proyecto de artículo 5 ya aprobado en primera lectura, en el que se recogiera la referencia a las diferentes actividades técnicas y científicas en las que se puede materializar esa cooperación, buscó la efectividad desde el equilibrio entre la no interferencia del deber de cooperar con el principio de soberanía del Estado, la configuración del deber como una obligación jurídica de comportamiento y la

⁷² Doc. [A/CN.4/652](#), párrafos 56-67. Los textos referidos fueron la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (1986), el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe (1998), el Acuerdo de la ASEAN sobre gestión en casos de desastre y respuesta de emergencia (2005), las Observaciones generales núm. 12 (1999), sobre el derecho a una alimentación adecuada, y núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, así como la Resolución sobre asistencia humanitaria del Instituto de Derecho Internacional (2003).

⁷³ Doc. [A/CN.4/652](#), párrafo 68. Los Estados referidos fueron Alemania, Austria, Colombia, Eslovenia, España, Hungría, Irlanda, Italia, Malasia, México, Países Bajos, Reino Unido, República de Corea, Singapur y Suiza. Para el Relator Especial, Pakistán, Polonia, Tailandia y Sri Lanka se refirieron al deber de ofrecer asistencia, no de prestarla.

⁷⁴ Doc. [A/CN.4/652](#), párrafos 69-72. Los ejemplos citados de previsión de este deber fueron el Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe de Medidas de Emergencia en Casos de Desastre (1991) y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (2007).

⁷⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 65 y 78. Entre los partidarios, estuvo la Profesora Escobar Hernández (Doc. [A/CN.4/SR.3141](#) p. 15).

relevancia del deber y su limitación a la asistencia de socorro en caso de desastre. Su redacción se vio fuertemente influida por el proyecto de artículo 17, apartado 4 del proyecto de artículos sobre Derecho de los Acuíferos Transfronterizos (2008) que, a su vez, había sido ampliamente inspirado por el artículo 28 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997). Planteado como disposición aparte o párrafo adicional al proyecto de artículo 5, la propuesta dejaba abierta su ubicación, en lo que fue un acierto puesto que, en la CDI, se hicieron sentir voces que ponían de manifiesto que mientras que el proyecto de artículo recogía el deber general, el nuevo borrador propuesto era operativo y correspondía al Comité de Redacción decidir dónde ubicarlo⁷⁶. Asimismo, se sugirió mayor precisión en su formulación, la inclusión de la referencia a la asistencia financiera, a los actores destinatarios del proyecto de artículos y a la consulta previa al Estado afectado sobre el tipo de acción a ser suministrada, aunque hubo quien temió que su redacción pudiese limitar la discrecionalidad de los Estados que prestan asistencia a la hora de decidir la naturaleza de ésta o, incluso, el carácter voluntario de la asistencia en sí⁷⁷.

El Comité de Redacción cambió el título ofrecido por el Relator Especial por el de “Formas de cooperación” y suprimió la frase inicial que hacía una remisión al proyecto de artículo 5. Para encuadrarlo en la obligación de cooperación, se utilizó la expresión inicial “A los efectos del presente proyecto de artículos,”. En este sentido, debe tenerse presente que el Comité de Redacción optó por situarlo inmediatamente detrás del proyecto de artículo 5, si bien dejando abierta para la segunda lectura la posibilidad de reubicarlo como párrafo segundo del mismo. En cuanto al resto de la redacción, las modificaciones realizadas por el Comité de Redacción respondieron a motivaciones diversas, tales como la coherencia semántica tras la sustitución del inicio del texto propuesto originalmente, el logro de un texto más descriptivo, la mejor contextualización con el tema, y la inclusión de las esferas más amplias de cooperación, no sólo las referidas al conocimiento. En esta dirección, se precisó que la lista no era exhaustiva y que su redacción no quedaba cerrada a la espera de las decisiones que la CDI pudiera adoptar al estudiar las cuestiones de la prevención y reducción de los desastres⁷⁸.

En este punto de nuestro análisis, conviene introducir la referencia al trabajo realizado por el Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 12, propuesto por el Relator Especial en su Cuarto informe y cuyo debate en la CDI ya comentamos en nuestra anterior crónica⁷⁹. Lo primero a señalar es que las decisiones adoptadas sobre la

⁷⁶ En este sentido, *vid.* la intervención de la Profesora Escobar Hernández (Doc. [A/CN.4/SR.3141](#), p. 14).

⁷⁷ Doc. [A/CN.4/652](#), párrafos 79-116, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 66-69.

⁷⁸ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 30 de julio de 2012](#), pp. 2-3. Este proyecto de artículo fue adoptado en los siguientes términos: “A los efectos del presente proyecto de artículos, la cooperación incluye en particular la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, de equipo y de suministros de socorro y de recursos científicos, médicos y técnicos” (Doc. [A/CN.4/L.812](#), p. 1).

⁷⁹ *Vid.* RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., “Crónica de Codificación Internacional: La Labor de la Comisión de Derecho Internacional ([63ª sesión](#))”, *REEL*, n° 22, 2011, 40 pp., p. 30.

distinción en su redacción entre Estados y organizaciones internacionales, por un lado, y organizaciones no gubernamentales, por otro, derivó en un cambio del título formulado por el Relator Especial, pasando el mismo a denominarse “Ofrecimientos de asistencia”. En lo relativo a los Estados y organizaciones internacionales, tras un cierto debate en el seno del Comité de Redacción, finalmente, se optó por prever que éstos “tienen derecho a ofrecer asistencia”, señalándose expresamente que dicho ofrecimiento no puede ser entendido como una injerencia en los asuntos internos. Ello porque, de las respuestas gubernamentales ya referidas, quedó claro que no existe la obligación de los Estados de prestar asistencia, porque es delicado hablar de obligaciones respecto de las organizaciones internacionales pues éstas dependen de los marcos de competencia que les han sido fijados, y porque, aun siendo conscientes de ello, sus miembros quisieron que, al leer esa previsión, los Estados entendiesen que se buscaba animarles a prestar dicha asistencia. La opción de redacción que hubiese sido preferida por algunos miembros del Comité para referirse a Estados y organizaciones internacionales (“pueden ofrecer”) se utilizó para la previsión referida a las organizaciones no gubernamentales, especificándose que en el comentario se aclararía que el motivo de no reconocer a las mismas el derecho a ofrecer asistencia se debía a la posibilidad de que los derechos internos, que son los que rigen para estas organizaciones, previesen restricciones a los ofrecimientos de asistencia⁸⁰.

El inicialmente propuesto proyecto de artículo 13 sobre las condiciones de la prestación de la asistencia fue el resultado del examen por el Relator Especial de tres perspectivas (cumplimiento de la legislación nacional; necesidades constatables y control de la calidad; y limitaciones de las condiciones con arreglo al ordenamiento jurídico internacional y nacional), cuyas conclusiones principales ya habían sido recogidas implícitamente por otros proyectos de artículos ya aprobados, especialmente los proyectos de artículo 9, relativo al papel del Estado afectado en la protección de las personas y prestación de socorro y asistencia en caso de desastre dentro de su territorio, y 11, relativo al consentimiento del Estado afectado⁸¹.

Entre las observaciones realizadas, se apuntó que, si bien las condiciones se derivaban de consideraciones basadas en los principios de soberanía y no injerencia, las mismas no podían ser utilizadas para menoscabar o debilitar el deber de proteger, imposibilitando la asistencia u ocultando una denegación arbitraria del consentimiento para la asistencia, así como que dichas condiciones debían respetar las normas internacionales e internas relativas a la protección de los derechos humanos, haciéndose una mención específica a la necesidad de adoptar una perspectiva de género para asegurar la eficacia de la asistencia prestada. En la línea de potenciar la asistencia, se sugirió la agilización en la obtención de exenciones de respeto de la legislación nacional y la promoción de este tipo de decisiones para cada circunstancia por parte del Estado afectado, incluso planteándose la posibilidad de que ello se estableciese con carácter previo adoptando la regulación correspondiente, lo cual impediría que el Estado afectado se encontrase ante dilemas de incompatibilidad constitucional. A su vez, se

⁸⁰ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 30 de julio de 2012](#), pp. 3-5.

⁸¹ Doc. [A/CN.4/652](#), párrafos 117-181.

puso de manifiesto que la redacción elegida limitaba demasiado la condicionalidad de la asistencia y no recogía la riqueza del estudio realizado por el Relator Especial, sugiriéndose una nueva redacción adicionando algún párrafo o, incluso, nuevos proyectos de artículo⁸².

Observación ésta que fue recibida por el Relator Especial en la medida en que éste presentó al Comité de Redacción una propuesta revisada en dos proyectos de artículos. El primero de ellos, “Condiciones de prestación de la asistencia externa” (proyecto de artículo 13), presenta una redacción mucho más comprensiva de los enfoques analizados por el Relator Especial. Así, en primer lugar, se recoge la facultad del Estado afectado de establecer condiciones a la prestación de la asistencia externa, precisión ésta última que el Comité de Redacción decidió mantener para indicar que este texto no se aplica a la asistencia suministrada desde fuentes internas. Asimismo, es curioso señalar que, aunque en lengua inglesa el Comité de Redacción decidió sustituir la forma “imposed” por la de “may place conditions on” para que el texto fuese más acorde con el espíritu voluntario de la asistencia, pero respetuoso con los derechos del Estado afectado, en la versión española de los proyectos de artículo se dice “puede imponer”. El Comité de Redacción aclaró que ésta previsión admite la fijación de condiciones antes de que el desastre se produzca, pero también respecto de ofertas concretas de asistencia hechas en la fase de respuesta⁸³.

Alrededor de la previsión de que estas condiciones deben respetar lo dispuesto en este proyecto de artículos, las normas aplicables de Derecho Internacional y las de Derecho interno, el Comité de Redacción anunció que, en el comentario del proyecto de artículo, se explicaría que esta última precisión no suponía requerir a los Estados que no tuviesen previsiones específicas al respecto que las adoptasen, sino que intentaba dejar a salvo el hecho de que son numerosos los Estados que tienen algún tipo de regulación de la actuación a ser desarrollada en caso de desastre con incidencia en la prestación de asistencia⁸⁴.

Por otra parte, el Comité de Redacción insistió en que la mención a las necesidades identificadas de las personas afectadas por el desastre y la calidad de la asistencia debía ser entendida, primero, como necesidades identificadas y justificadas y, segundo, como no excluyente de otro tipo de consideraciones a tener en cuenta a la hora de fijar dichas condiciones⁸⁵.

Por último, la cuestión de ubicar la referencia a la indicación del alcance y tipo de la asistencia requerida a la hora de formular las condiciones en el proyecto de artículo 10 (“Deber del Estado afectado de buscar asistencia”) se dejó para la segunda lectura⁸⁶.

⁸² Doc. [A/67/10](#), párrafos 70-72 y Doc. [A/CN.4/SR.3141](#), p. 14.

⁸³ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 30 de julio de 2012](#), p. 5 y Doc. [A/CN.4/L.812](#), p. 1.

⁸⁴ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 30 de julio de 2012](#), pp. 5-6.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 6

⁸⁶ *Ídem.*

El nuevo proyecto de artículo 14 (“Facilitación de la asistencia externa”) realmente fue propuesto por el Relator Especial desde la perspectiva del cumplimiento del Derecho interno del Estado afectado como forma específica de condicionamiento y la fijación de exenciones. Sin embargo, el Comité de Redacción decidió otorgarle la orientación que ahora presenta de forma que se parta de la aplicación del Derecho interno en aras de facilitar la asistencia, pues de esta forma no se daría pie a interpretaciones que pudieran ser utilizadas por los Estados afectados para eludir su propio ordenamiento. En el mismo, se prevé que el Estado afectado “tomará las medidas necesarias, con arreglo a sus derecho interno, para facilitar la prestación pronta y efectiva de asistencia externa”. El Comité de Redacción precisó que por “medidas necesarias” se ha de entender tanto las medidas legislativas, ejecutivas y administrativas, aún adoptadas en forma de legislación de emergencia, como las medidas no legales o prácticas, diseñadas para facilitar la asistencia. A título no exhaustivo, se recoge en su texto dos ejemplos de áreas en las que se pueden establecer las exenciones: la relacionada con el personal de socorro civil y militar (privilegios e inmunidades, condiciones de visados y entrada, permisos de trabajo y libertad de circulación) y la relativa a los bienes y el equipo (normativa y aranceles de aduana, imposición, transporte y cesión). La posibilidad de eximir o suspender normas internas siempre ha de ser vista a la luz de su necesidad para facilitar la asistencia a las personas afectadas por el desastre y de su convivencia con el deber del Estado afectado de fomentar el cumplimiento de su ordenamiento jurídico interno a través de asegurar el fácil acceso a la legislación y normativa pertinentes. Un deber flexible en la medida en que el Comité de Redacción subrayó que debía resultar en una carga demasiado onerosa para dicho Estado⁸⁷.

Desde la comprensión de que el deber de cooperar conllevaba el deber de Estado afectado y Estado que presta la asistencia de mantener consultas para su terminación, el Relator Especial propuso el proyecto de artículo 14 en el cual se preveía la celebración de éstas de cara a la fijación de la duración de la asistencia antes del despliegue de ésta o cuando la misma ya estaba siendo brindada. Las observaciones realizadas en la CDI fueron de diverso registro. Junto a quienes respaldaron la propuesta, hubo otros que solicitaron su supresión o su sustitución por una cláusula de salvaguardia, poniéndose de manifiesto que, de su redacción, podía parecer que la terminación estaba condicionada al mantenimiento de consultas, lo cual, se insinuaba, pudiera no ser coherente con los derechos soberanos de ambos Estados. Igualmente, otros miembros pusieron de relieve que el derecho de las personas a ser protegidas podía peligrar en su respeto si se adoptaba un enfoque que reconociera un derecho uniforme y unilateral de poner fin a la asistencia cuando así lo deseara. En este sentido, se expresó la circunspección por el hecho de que el proyecto de artículo parecía estar más centrado en la duración de la asistencia que en el momento que ésta tocaba a su fin o a las circunstancias y condiciones en las que ésta puede acabar. Otras sugerencias apuntaron la oportunidad de hacer referencia a la necesidad de cooperación para la repatriación del material y el personal utilizado por el Estado que prestó la asistencia o a la de un procedimiento de terminación acordado entre los Estados implicados⁸⁸.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁸⁸ Doc. [A/CN.4/652](#), párrafos 182-187, Doc. [A/67/10](#), párrafos 73-74, y Doc. [A/CN.4/SR.3141](#), p. 15.

El Comité de Redacción decidió que este reenumerado proyecto de artículo 15 (“Cese de la asistencia externa) se alinease más en la dirección marcada por el Relator Especial que en la indicada por algunas de las observaciones anteriores. De este modo, se adoptó una redacción que, sin menoscabar el derecho del Estado afectado a terminar la asistencia, no le concediese un derecho unilateral a cesar la misma, así como que tampoco anulase la capacidad del Estado que presta la asistencia de optar por la terminación de sus actividades. Por tanto, en la primera frase de este proyecto de artículo, se eligió una redacción que, desde el equilibrio, preservase los derechos de todos los actores implicados (término que daba entrada a las organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales) en el entendimiento de que el cese tendría que producirse mediante consultas entre ellos, como procediese. Redactado en términos bilaterales, resultaba también aplicable a relaciones de asistencia multilaterales. Por su parte, en la previsión final del proyecto de artículo, se contemplaba el requisito de la notificación por cualquiera de los implicados que desease esa terminación, si bien de forma flexible. El Comité de Redacción confirmó que todo el proyecto de artículo respondía a la comprensión de que este cese no debía afectar negativamente a las personas afectadas por el desastre⁸⁹.

En la CDI se volvieron a expresar dudas acerca de la forma final adoptada para los resultados de la labor en este tema, pues la naturaleza del tema, necesitado de legislación más específica para su aplicación, aconsejaba más la adopción de una convención marco o de principios rectores. Observaciones que fueron respondidas por el Relator Especial en el sentido de que la forma de proyectos de artículos había sido elegida por ser la usual en los trabajos de la CDI, pero que no existía pronunciamiento definitivo al respecto. En cualquier momento, él aconsejaba en el momento final de los trabajos, se podía adoptar una decisión en el sentido mayoritario⁹⁰.

De cara a los próximos desarrollos, el Relator Especial anunció que su próximo informe versaría sobre la reducción de los riesgos de desastre, incluida la prevención y mitigación de los desastre, tal y como algunos miembros de la CDI había respaldado, así como sobre la protección del personal que presta la asistencia humanitaria, y suministraría un proyecto de artículo de definiciones y otras disposiciones de carácter general⁹¹.

V. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO.

En su 3132ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 2012, la CDI decidió nombrar como Relatora Especial del tema a Concepción Escobar Hernández (España) en sustitución de Roman A. Kolodkin⁹². El Informe preliminar presentado por la misma, el 31 de mayo,

⁸⁹ [Declaración del Presidente del Comité de Redacción de 30 de julio de 2012](#), pp. 8-9.

⁹⁰ Doc. [A/67/10](#), párrafos 64 y 79.

⁹¹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 80. La Profesora Escobar Hernández fue uno de los miembros de la CDI que respaldó esta opción (Doc. [A/CN.4/SR.3141](#), p. 15).

⁹² Doc. [A/67/10](#), párrafos 84 y 266.

fue debatido por la CDI en las sesiones 3143^a-3147^a, celebradas los días 10, 12-13, 17 y 20 de julio de 2012⁹³.

El Informe preliminar, calificado por la Relatora Especial como “informe de transición”, partiendo de los trabajos ya efectuados, tenía por objeto clarificar los términos del debate, identificar los subsistentes puntos de discrepancia en el seno de la CDI e impulsar un intercambio de opiniones estructurado que permitiese responder en plazo razonable a las expectativas suscitadas por el tema en la comunidad internacional, sobre la base de un programa de trabajo cuyos elementos básicos fueron identificados en el propio informe. De acuerdo con ello, la estructura del informe se dividió en cuatro partes: visión de conjunto de las actividades de la CDI⁹⁴; tratamiento del tema en el período 2007-2011 en los distintos órganos competentes de la Organización (Relator Especial, CDI, Sexta Comisión)⁹⁵; las principales cuestiones del tema a ser tratadas (cuestiones de naturaleza metodológica y conceptual con especial referencia a la incidencia de la inmunidad en la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo, inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*, y aspectos procesales de la inmunidad)⁹⁶; y, finalmente, las consideraciones sobre el plan de trabajo a seguir⁹⁷.

Téngase presente que, cuando redactó el informe, la Relatora Especial ya había mantenido una sesión de consultas oficiosas con los miembros de la CDI en la que les planteó una serie de cuestiones concretas sobre cada uno de esos bloques de cuestiones principales, por su parte ya sistematizados. No en vano su intención confesa es la de formular proyectos de artículo sobre cada uno de los aspectos consultados de cada contenido específico de cada bloque. La secuencia será progresiva y, en este momento de los trabajos, la Relatora Especial prefiere tratar cada uno de los bloques de forma separada para facilitar la estructuración del debate y la profundización y detalle de los mismos, acogiendo convenientemente las cuestiones sensibles y de gran complejidad⁹⁸. Además, sin lugar a dudas ha dejado claro la trascendencia que en sus trabajos tendrá la práctica estatal, “constante, pero dubitativa”, por lo que utilizará y actualizará el memorando elaborado por la Secretaría (2008)⁹⁹.

La opción sobre la forma final de optar por la formulación de proyectos de artículos fue la elegida porque el tema tenía dimensión normativa, si bien consideró prematuro darle

⁹³ Doc. [A/CN.4/654](#), de 31 de mayo de 2012, Doc. [A/67/10](#), párrafo 85, Doc. [A/CN.4/SR.3143](#), de 10 de agosto de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3144](#), de 14 de agosto de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3145](#), de 23 de agosto de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3146](#), de 13 de agosto de 2012, pp. 11-12. El Acta resumida de la última sesión en la que se trató el tema no está disponible en ningún idioma a la fecha de cierre de este trabajo.

⁹⁴ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 1-6.

⁹⁵ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 7-48.

⁹⁶ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 49-70.

⁹⁷ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 71-77.

⁹⁸ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 72-75.

⁹⁹ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 49 y 76. El memorando se puede consultar en Doc. [A/CN.4/596](#), de 31 de marzo de 2008.

un carácter definitivo. Esta misma comprensión estuvo fuertemente presente en los debates en la CDI, apoyándose esta elección en los términos descritos¹⁰⁰.

Lo cierto es que la insistencia de la Relatora Especial en la sistematización y estructuración del tratamiento del tema como vía para lograr que la labor de la CDI fuese eficaz y eficiente, partiendo de un esfuerzo de clarificación metodológica y, por tanto, conceptual, condicionó los debates en la misma¹⁰¹, pero también la redacción por la Secretaría de este capítulo del informe de la propia CDI. De hecho, resulta difícil encontrar en las últimas sesiones un resumen de los debates tan rigurosamente sistematizado.

Las diferencias en los posicionamientos llegaron desde el principio entre los miembros. De este modo, junto a los que advirtieron a la Relatora Especial que era muy importante que el enfoque metodológico y conceptual fuera neutral, otros miembros señalaron que esperaban que estos trabajos contribuyesen a la lucha contra la impunidad, en lugar de al detrimento de lo logrado. La Relatora Especial aclaró al respecto que, a nivel metodológico, ningún enfoque es neutral¹⁰². Entrando en el detalle de los aspectos metodológicos, la cuestión de si en estos trabajos había que asumir una función de codificación o de desarrollo progresivo, generó un vivo debate donde hubo quien apuntó la necesidad de diferenciar ambas funciones puesto que las temáticas afectadas eran delicadas, algo que fue replicado en el sentido de que esta distinción entre codificación y desarrollo progresivo iba a ser complicada ya que ni la propia CDI la había establecido en la práctica. A su vez, otros apuntaban a la necesidad de diferenciar entre *lex lata* y *lex ferenda*, solicitando que no se confundiesen éstos conceptos con los de codificación y desarrollo progresivo, ni con un derecho conservador y un derecho progresista¹⁰³.

El enfoque sistémico de la Relatora Especial se consideró útil, si bien se propuso como método con mayores dosis de utilidad el enfoque inductivo basado en la práctica y se le sugirió que, emplease la fundamentación empírica para las categorizaciones abstractas, si las había. También, mereció consideraciones de utilidad la decisión de trabajar sobre la identificación de las cuestiones básicas, desde el examen paso a paso¹⁰⁴.

Presente aquí, pero susceptible de haber sido tratada a la par que la petición de neutralidad, está la observación relativa a la necesidad de que la Relatora Especial llevara a cabo un análisis objetivo de la evidencia de la práctica, la doctrina y otras tendencias, teniendo como guía los valores y principios del Derecho Internacional Contemporáneo, o las voces que le pidieron que el equilibrio viniese marcado por el respeto de la soberanía y la preocupación por las personas vulnerables, sobre todo, las víctimas de los crímenes más graves¹⁰⁵. En lo que respecta al recurso a la práctica, la

¹⁰⁰ Doc. [A/67/10](#), parágrafo 136.

¹⁰¹ Doc. [A/CN.4/654](#), parágrafo 51.

¹⁰² Doc. [A/67/10](#), párrafos 89-90 y 138.

¹⁰³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 92-96

¹⁰⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafos 98-99 y 104.

¹⁰⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 90-91, 97, 99 y 138.

doctrina o las tendencias, cabe señalar que la Relatora especial, además de lo que ya se ha expuesto, mencionó expresamente la necesidad de consultar los trabajos del Instituto de Derecho Internacional y la [sentencia](#) de la Corte Internacional de Justicia, *Inmunities jurisdictionales del Estado (Alemania c. Italia. Intervención de Grecia)*, de 3 de febrero de 2012, reafirmando, además, que su análisis práctico, doctrinal y jurisprudencial sería exhaustivo¹⁰⁶.

Esta sentencia volvió a salir a colación en el debate al hilo de la afirmación de que la aplicación del principio de responsabilidad civil territorial por *acta jure imperii* que en su texto se hacía no coincidía con la tendencia existente alrededor de la inmunidad ante las jurisdiccionales penales nacionales. A esta referencia, se acompañó igualmente la relativa a la decisión del asunto *Pinochet* como ejemplo de poco respaldo práctico en el ámbito judicial. Consideraciones que tuvieron su réplica desde la misma tribuna, en la medida en que se trajo a colación el [voto particular](#) de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal a la [sentencia](#) en el asunto *Orden de Arresto de 11 de abril de 2000*, de 14 de febrero de 2002, en la que se afirmó que no había inmunidad *ratione materiae* para los crímenes internacionales más graves y la posible tendencia en ese sentido¹⁰⁷.

El juego de los valores de la comunidad internacional se dijo que no tenía que ser entendido como la necesidad de dar efectividad a los que de forma más reciente se incorporaban al ordenamiento jurídico internacional, sino como la de establecer una dialéctica de valores en sí, puesto que la inmunidad también los representaba¹⁰⁸. Asimismo, se advirtió de los peligros de determinadas expresiones como potenciadores de unos valores sobre otros. Aunque también hubo quien señaló que el Derecho no es necesariamente neutral y que la intención de la Relatora Especial era transparente mostrando que se iba a seguir haciendo lo que era costumbre en la CDI, trabajar con valores y principios del Derecho Internacional, no en balde era un debate de éstos el que existía entre el valor de la inmunidad y el valor relativo a la prioridad en la lucha contra la impunidad¹⁰⁹.

En cuanto a las cuestiones básicas, dentro de las consideraciones generales, se puso de manifiesto que la separación de conceptos como inmunidad del Estado y del funcionario del Estado es complicada, pues es la inmunidad para el Estado la que realmente se solicita cuando se demanda la inmunidad para su funcionario, tal y como había venido a afirmar la Relatora Especial. Por otra parte, se respaldó la intención de ésta de basarse en hechos recientes, aunque se le pidieron explicaciones acerca de sus afirmaciones sobre que las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae* respondiesen al mismo y único fin de preservar principios, valores e intereses de la comunidad internacional considerada en su conjunto y sobre que ello les confería a ambas un “inequívoco carácter funcional” de alcance general del cual extraían su condición de “la clave de bóveda” que impedía que hubiera colisión entre la inmunidad y otros principios, valores

¹⁰⁶ Doc. [A/CN.4/654](#), parágrafo 49.

¹⁰⁷ Doc. [A/67/10](#), parágrafo 100.

¹⁰⁸ Doc. [A/67/10](#), párrafos 101-102.

¹⁰⁹ Doc. [A/67/10](#), parágrafo 103.

e intereses. En esta línea, hubo claros apoyos a la Relatora Especial, pero también se expresó que no era conveniente ver la inmunidad a la luz de otros principios de Derecho Internacional, y que la justificación común de ambos tipos de inmunidad nacía de la necesidad de garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales y el desempeño de las funciones de Estado (entre ellas, la de representación) sin injerencias. Otras voces apuntaron, por el contrario, que quizá la fundamentación de ambas inmunidades no era la misma¹¹⁰. De momento, la Relatora Especial se congratuló de que se hubiese respaldado ampliamente su opción de estudiar ambas inmunidades separadamente y apuntó que los valores y principios a tener en cuenta en sede de fundamentación eran “aquellos que gozaban de amplia aceptación y reflejaban un consenso internacional” y que sería el equilibrio entre la inmunidad y la lucha contra la impunidad en relación con los crímenes internacionales más graves lo que habría que perseguir y garantizar¹¹¹.

En lo relativo al alcance del tema, se pidió la toma en consideración de aquellos otros trabajos de la CDI en que ya se hubiesen podido abordar aspectos de la inmunidad de cara a evitar contradicciones en el ordenamiento jurídico internacional. Expresamente, se solicitó que no se intentara cambiar el alcance de las inmunidades que poseen los miembros de las misiones diplomáticas, oficinas consulares o misiones especiales o de visitantes oficiales, representantes ante organizaciones internacionales o personal militar. Asimismo, se recordó que no se debía entrar a estudiar la inmunidad de los funcionarios ante los tribunales penales internacionales, ante su propio Estado o la inmunidad de la jurisdicción civil, ni tampoco a si los Estados tenían la obligación de ejercer su jurisdicción penal en determinadas circunstancias. Referencias a la jurisdicción que, igualmente, estuvieron presentes en otros miembros de la CDI. Unos, para pedir que se realizaran las oportunas consideraciones pues la jurisdicción universal y la jurisdicción penal internacional guardaban relación con el tema. Otros, para indicar que eran conceptos distintos y, como tal, habrían de permanecer. También se sugirió que se abordase la cuestión de la inviolabilidad de la persona¹¹².

Los debates en la CDI sobre el empleo de determinados términos, además de sobre la reclamación de una definición de funcionario del Estado, giraron alrededor de la idoneidad de expresiones tales como “inmunidad absoluta” y el correspondiente “enfoque restrictivo” o “inmunidad como excepción”, sin que existiese consenso general en las sugerencias. Así, se vino a afirmar la necesidad de no ver a la inmunidad como absoluta, pero también de no hacer referencia al enfoque restrictivo que debía tener la teoría funcional de justificación de la inmunidad respecto de la teoría de la representación u otras. Respecto de la excepcionalidad, se apuntó que, si ésta existía, era en relación a la justicia penal internacional, pero no en las relaciones gubernamentales, donde precisamente estaba habiendo una reafirmación de la inmunidad. En turno de “réplica”, la Relatora Especial confirmó que la cuestión de las excepciones iba a ser “extremadamente importante” en estos debates y que, en ese sentido, la utilización de

¹¹⁰ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 57 y 58, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 105-107.

¹¹¹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 138.

¹¹² Doc. [A/67/10](#), párrafos 108-111.

las expresiones “inmunidad absoluta” o “relativa” podían explicar y brindar una diferenciación clara¹¹³.

Entrando en las observaciones realizadas sobre la inmunidad *ratione personae*, en concreto, los miembros de la CDI evocaron las limitaciones *ratione temporis* de la inmunidad, pero expresaron divergencias alrededor de la afirmación de este tipo de inmunidad respecto de la troika, no tanto porque dudaran que Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores están incluidos como por el hecho de que haya que adicionar otros ministros o altos cargos. Así, junto a los que señalaron que la inmunidad *ratione personae* existía para la troika y sólo para la troika, estuvieron los que señalaron que se debía reconocer la posibilidad de ampliar el círculo o, incluso, lo adecuado de hacerlo respecto de los altos cargos, bien fuera en referencia a un estrecho círculo de éstos, bien en alusión a la garantía del desempeño efectivo de sus funciones en representación de sus respectivos Estados. La base alegada para dichas ampliaciones venía de la mención de la [sentencia](#) relativa al asunto de *la Orden de Arresto*. En este apartado, se sugirió una segunda categoría de personas diferentes a la troika, cubiertas por la inmunidad, con un régimen diferenciado. La argumentación de que, incluso, en el caso de la troika puede haber excepciones a la inmunidad despertó rechazos hasta en su posible recepción como desarrollo progresivo¹¹⁴.

Algún miembro de la CDI insistió en que la inmunidad *ratione materiae* abarcaba a un mayor número de funcionarios, pero que no resultaría conveniente elaborar listas, pues el acento debía ser el acto en sí que daba la inmunidad. Atención al acto que resaltó la trascendencia de su definición y el respaldo de algunos de miembros a la Relatora Especial en su entendimiento de que se necesitaba estudiar la relación entre las normas de atribución de responsabilidad internacional al Estado y la determinación de si la inmunidad se ha de aplicar por encontrarnos ante funciones oficiales. Más en concreto, se afirmó que si un acto (incluso *ultra vires*) era atribuible al Estado a efectos de su responsabilidad internacional, sería un acto oficial a efectos de la inmunidad. Sin embargo, esta última afirmación tampoco fue del todo compartida, apuntándose al principio de culpabilidad personal como base para la inmunidad, argumento a su vez rechazado por otros miembros por “insostenible”, o al hecho de que el régimen de atribución tiene finalidad distinta de la perseguida por la inmunidad, por lo que sería conveniente utilizarlo tan sólo como fuente de inspiración o no acogerlo en este tema¹¹⁵.

En esta parte de los debates, también se puso de relieve el hecho de que en el juego entre acto oficial, atribuible al Estado, e inmunidad del funcionario podía haber varias situaciones posibles: conducta que es por sí misma acto oficial y fundamenta la afirmación de inmunidad; conducta que es acto oficial, pero alrededor de la cual no se predica la inmunidad por suponer un crimen internacional de los más graves; y conducta que, siendo atribuible al Estado, no se puede calificar fácilmente de acto oficial a efectos de la inmunidad *ratione materiae*¹¹⁶.

¹¹³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 112-113 y 138.

¹¹⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafos 114-118.

¹¹⁵ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 59-60 y 67, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 119-125.

¹¹⁶ Doc. [A/67/10](#), párrafo 125.

La Relatora Especial ya había puesto de manifiesto que no existía consenso para la introducción de excepciones a la inmunidad ni tan siquiera alrededor de la violación de normas de *ius cogens* o en relación a la comisión de los crímenes internacionales más graves, pudiendo percibirse que, de haber lugar a la aceptación de una excepción, ésta sería más en el campo de la inmunidad *ratione materiae*. El debate en la CDI así lo confirmó. Con referencias a alguna de las últimas resoluciones judiciales y a la necesidad de atender a práctica y jurisprudencia, se afirmó la imposibilidad de recoger esas excepciones, a la vez que algún miembro exponía que, para contemplarlas, habría que calificar a esos comportamientos como si no fueran actos oficiales, ya que, en caso contrario, habría que considerarlas dentro de las políticas gubernamentales y reconocerles la inmunidad. Algunos miembros señalaron que se hablaba de niveles diferentes, puesto que la inmunidad jugaba a nivel procesal¹¹⁷. En todo caso, la Relatora Especial afirmó que, en su opinión, en el debate sobre las excepciones deberían tenerse en cuenta tan solo los crímenes de extrema gravedad, como son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra¹¹⁸.

Resulta interesante señalar que, en la búsqueda de un cierto equilibrio entre la lucha contra la impunidad respecto de los crímenes más graves y la estabilidad amistosa de las relaciones internacionales, se sugirió la viabilidad de recoger a título desarrollo progresivo opciones en las que por mor del principio de territorialidad o del principio de personalidad pasiva o por la concurrencia de circunstancias especiales se pudiese denegar el juego de la inmunidad¹¹⁹.

Las argumentaciones de otros miembros siguieron otras direcciones. Así, algunos apuntaron la necesidad de dar abiertamente entrada a la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, por lo que se reduciría el juego de la inmunidad; la de ser conscientes de la incoherencia que resultaría de afirmar la soberanía absoluta frente a crímenes graves que afectaban a la comunidad internacional en su conjunto, y la limitación de ésta frente a intereses comerciales; o la de sopesar la conveniencia de aplicar a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios extranjeros una excepción por responsabilidad civil a la inmunidad del Estado, derivada de una práctica no claramente definida en ese sentido. Otro miembro sugirió que la exigencia a la Fiscalía para que se pronunciase sobre la inmunidad del funcionario en la fase inicial del procedimiento, tras un examen inicial, supondría una minoración del número de acusaciones infundadas¹²⁰.

Siguiendo la sistemática marcada por la Relatora Especial, las últimas referencias a los debates habidos versaban sobre los aspectos procesales. Entre las observaciones

¹¹⁷ Doc. [A/CN.4/654](#), párrafo 68, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 126-128 y 130-131.

¹¹⁸ Doc. [A/67/10](#), párrafo 138.

¹¹⁹ Para ser exactos las propuestas fueron: “ a) permitir solo al Estado donde se cometió el delito o al Estado cuyos nacionales fueron perjudicados por el delito denegar una alegación de inmunidad; b) permitir a un Estado denegar una demanda de inmunidad tan solo en casos en que el infractor estuviese físicamente presente en el territorio del Estado; y/o c) permitir a un Estado denegar una demanda de inmunidad tan solo cuando el procesamiento haya sido autorizado por el Ministro de Justicia o una autoridad comparable de ese Estado” (Doc. [A/67/10](#), párrafo 132).

¹²⁰ Doc. [A/67/10](#), párrafos 129 y 133.

realizadas, estuvo la petición de tratamiento en primer lugar de estas cuestiones puesto que sobre ellas había un mayor consenso, la cual contó con la oposición de otros tantos miembros de la CDI, y la conveniencia de resolver aspectos relacionados con la discrecionalidad de la Fiscalía de cara a evitar abusos y lograr avanzar más rápidamente en las cuestiones de fondo¹²¹.

La Relatora Especial concluyó que sería posible mantener el plan de trabajo propuesto en su informe preliminar, por lo que a cada informe sustantivo sobre cada uno de los cuatro bloques de cuestiones o líneas indicados (cuestiones generales de carácter metodológico y conceptual, inmunidad *ratione personae*, inmunidad *ratione materiae*, y aspectos procesales de la inmunidad) acompañará los correspondientes proyectos de artículo. Su esperanza era poder terminar la primera lectura del proyecto de artículos en este quinquenio y, por tanto, responder a los deseos de la Asamblea General de dar prioridad a este tema¹²². Su intención, pues, para la siguiente sesión es presentar un informe sobre las cuestiones generales, así como sobre diversos aspectos de la inmunidad *ratione personae*. Es por ello que la CDI pidió a los gobiernos el suministro de información sobre su legislación y práctica nacionales acerca de la existencia de consecuencias jurídicas diferentes entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* y en qué consiste dicho tratamiento diferenciado, al igual que sobre los criterios utilizados para la determinación de las personas que gozan de la inmunidad *ratione personae*¹²³.

VI. LOS TRATADOS EN EL TIEMPO

La labor de la CDI sobre este tema se centró en el restablecimiento del Grupo de Estudio sobre el tema, con el correspondiente nombramiento de su Presidente, Georg Nolte (Alemania) (3131ª sesión, de 18 de mayo de 2012), la presentación oral de dos informes del Grupo de Estudio por parte del mismo (3135ª sesión, de 29 de mayo, y 3152ª sesión, de 30 de julio de 2012, en la cual se tomó nota del segundo informe), así como sobre la decisión de cambiar la estructura de la labor sobre el tema, su denominación (“Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”) y el nombramiento de Georg Nolte como Relator Especial del transformado tema. Todo ello con efectos para la sesión siguiente de la CDI y no sin cierta discusión sobre qué debía ser primero si el nombramiento o el cambio de denominación y la propia idoneidad de éste último (3136ª sesión, de 31 de mayo de 2012)¹²⁴.

¹²¹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 134-135. Las señaladas como tales en el Informe preliminar de la Relatora Especial fueron la forma de alegación de la inmunidad, el momento de la alegación, la eventual renuncia, y el régimen procesal único o diferenciado según el tipo de inmunidad (Doc. [A/CN.4/654](#), párrafos 69-70).

¹²² Doc. [A/C.6/67/L.13](#), párrafo 8.

¹²³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 28 y 139.

¹²⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafos 8 y 226-228, Doc. [A/CN.4/SR.3135](#), de 31 de agosto de 2012, pp. 16-19, Doc. [A/CN.4/SR.3136](#), de 18 de junio de 2012, Doc. [A/CN.4/SR.3152](#), pp. 7-10

Los dos informes orales presentados respondieron a las ocho sesiones celebradas por el Grupo de Estudio (9-10, 15-16 y 24 de mayo, y 19, 25-26 de julio de 2012), en las cuales éste debatió sobre la estructura y las modalidades de la labor de la CDI sobre el tema, terminó el estudio de las conclusiones del segundo informe presentado por su Presidente en la 63ª sesión de la CDI y examinó el tercer informe del mismo¹²⁵.

En lo relativo a la estructura y modalidades de la labor sobre el tema, el cambio se produjo porque se había agotado la principal finalidad del Grupo de Estudio que era decidir si el tratamiento del tema debía responder a un enfoque amplio o centrarse en los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. La decisión había sido restringirlo a éste último. Por otra parte, seguir con la modalidad del Grupo de Estudio significaba privar a los Estados de los documentos y debates que circulaban y se producían en el seno de éste, al igual que de la discusión en el plenario de la CDI. Con ello, se vino a insinuar, quizá se animara a los Estados a dar más ejemplos prácticos sobre el tema, pues aunque éstos habían mostrado vivo interés en la cuestión no estaban respondiendo como se esperaba a las demandas del Grupo de Estudio de ejemplificaciones de práctica gubernamental. Asimismo, el nuevo tratamiento permitiría que el ahora Relator Especial presentara una suerte de compendio de sus tres primeros informes, bajo signatura y distribución usual a dicha condición. Dicho informe y las conclusiones ya alcanzadas en él contenidas serían los ejes del debate de la siguiente sesión, sucediéndoles en las siguientes los relativos a la práctica de las organizaciones internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, tal y como se decidió en la 60ª sesión de la CDI. Las conclusiones o directrices, enmendadas o de nueva formulación, serían acompañadas de comentarios, lo que permitiría la finalización de esta tema, centrado plenamente en el Derecho de los Tratados, en este quinquenio¹²⁶.

El debate en el Grupo de Estudio sobre la parte que restaba del segundo informe de su Presidente sobre los regímenes especiales en relación con los acuerdos y práctica ulteriores, dio como resultado la reformulación de las conclusiones correspondientes en los términos reflejados en el informe de la CDI, en el entendimiento de que podrían sufrir cambios como resultado de su examen y debate una vez presentadas ya desde la Relatoría Especial¹²⁷.

La primera de esas seis conclusiones versó sobre la necesidad de que una práctica ulterior refleje la posición de una o más partes sobre la interpretación del tratado para que la misma juegue como medio de interpretación, pudiendo ser dicha posición implícita. La segunda recogió la posibilidad de que el carácter específico de una práctica ulterior sea un factor que influya en que sea tenida en cuenta por los órganos decisorios. La tercera versaba sobre el diferente grado que puede tener la participación activa en una práctica ulterior y la posibilidad de que a la misma también contribuya el silencio de una o más partes. Los diferentes efectos que puede tener una práctica ulterior contradictoria fueron el objeto de la cuarta conclusión reformulada. La compatibilidad entre los procedimientos formales de modificación o interpretación y la utilización de la

¹²⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 225 y 229.

¹²⁶ Doc. [A/67/10](#), párrafos 235-239

¹²⁷ Doc. [A/67/10](#), párrafos 230-231.

práctica ulterior como medio de interpretación y la diversidad de los regímenes a la hora de admitir el efecto modificar de un tratado de una práctica ulterior de interpretación del mismo lo fueron, a su vez, de la quinta y sexta conclusiones¹²⁸.

En lo tocante al tercer informe del Presidente del Grupo de Estudio sobre “los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de los Estados fuera de procedimientos judiciales y cuasijudiciales”, éste dio lugar a un profuso y enriquecedor debate recibiendo los elogios del Grupo de Estudio por la exhaustividad del mismo y el trabajo de investigación que lo sostenía. De hecho, este informe abordó el tratamiento de las cuestiones de forma, documentación e interpretación de la práctica y acuerdos ulteriores, diversas cuestiones generales (como, por ejemplo, sus efectos; la trascendencia de la práctica bilateral o regional en el marco de tratados con alcance territorial más amplio; la relación con el nacimiento de normas consuetudinarias posteriores; la expresión de la opinión jurídica de las partes en el acuerdo referido en el artículo 31.3 a) y b) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados (1969); o la incidencia de la práctica ulterior en el alcance temporal de los tratados), así como la impronta de contextos de cooperación específicos, conferencias de los Estados Partes u órganos de supervisión del cumplimiento en la aparición o consolidación de acuerdos o práctica ulteriores¹²⁹.

Las observaciones del Grupo de Estudio resaltadas giraron principalmente acerca del grado demasiado general o específico de las conclusiones elaboradas, la dificultad del tema de ofrecer un contenido normativo sin afectara la flexibilidad inherente a los acuerdos y práctica ulteriores, así como sobre la inclusión del tratamiento específico otorgado a la conferencia de las partes y otras cuestiones relacionadas con éstas. Sin embargo, el Presidente decidió que las mismas no desembocasen en una reformulación de las oportunas conclusiones en esta sesión, si bien serían tenidas en cuenta a la hora de elaborar el primer informe como Relator Especial del tema redefinido¹³⁰.

VII. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La CDI volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre este tema, en esta sesión, presidido en solitario por Donald M. McRae (Canadá) en su 3131ª sesión, de 18 de mayo de 2012. Dicho Grupo mantuvo seis reuniones, celebradas los días 14 y 31 de mayo, 11-12, y 17-18 de julio, sobre las cuales su Presidente informó oralmente en la 3151ª sesión de la CDI, de 27 de julio de 2012. La CDI tomó nota de dicho informe¹³¹.

Las reuniones del Grupo de Estudio giraron alrededor de dos documentos de trabajo oficiales y dos oficiosos. En el caso de los oficiales, nos referimos al preparado por su Presidente, “La interpretación de las cláusulas MNF por los tribunales de inversiones”, y al elaborado por Mathias Forteau (Francia) sobre “Los efectos de la naturaleza mixta

¹²⁸ Doc. [A/67/10](#), párrafo 240

¹²⁹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 232.

¹³⁰ Doc. [A/67/10](#), párrafos 233-234.

¹³¹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 8 y 243-245.

de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento”. Ambos preparatorios del informe general a ser presentado y el segundo, consecuencia de que en el debate del primero se abordase la cuestión de si la naturaleza de los tribunales, en especial la mixta de los arbitrajes, tenía pertinencia a la hora de interpretar los tratados¹³². En cuanto a los oficiosos, son el preparado sobre los modelos de cláusula NMF posteriores al asunto *Maffezini*, donde se recogen las reacciones gubernamentales a dicho caso (declarando la aplicabilidad o no de las cláusulas NMF a las disposiciones de arreglo pacífico de las controversias, o enumerando expresamente los ámbitos de aplicación de éstas), y el que contenía un panorama general sobre la formulación de las cláusulas NMF en los acuerdos de sede donde a los representantes gubernamentales ante la organización se les concede los mismos privilegios e inmunidades que al personal diplomático del Estado anfitrión. Esta misma condición de oficioso tiene el informe sobre los tratados fiscales bilaterales y este tipo de cláusulas que no llegó a ser examinado por el Grupo de Estudio. Todos siguen siendo modificados hasta que se consideren suficientemente exhaustivos como para quitarles dicha condición¹³³.

En el debate habido en el Grupo de Estudio se volvió a reseñar la conveniencia de abordar marcos normativos más amplios, no exclusivamente centrados en el Derecho de Inversiones, ratificándose la intención de elaborar directrices y cláusulas modelo¹³⁴.

El primer documento de trabajo “oficial” consistía en una versión revisada y actualizada en función de las deliberaciones en el Grupo de Estudio del presentado en el anterior período de sesiones, así como de los nuevos factores e interpretaciones ofrecidas por la jurisprudencia reciente.

Partiendo de la escasa coherencia de los tribunales de inversiones a la hora de abordar la interpretación y consecuencias a extraer de las cláusulas NMF, se trataron de identificar los factores y las tendencias existentes en el proceso de interpretación. De este modo, se hizo referencia a la distinción entre fondo y procedimiento; la interpretación de la cláusula NMF en relación con una cláusula de arreglo pacífico de las controversias sobre el tratado como una cuestión jurisdiccional o bien adoptando la diferencia entre jurisdicción, relacionada con las cláusulas que permiten la presentación de una reclamación, y admisibilidad, relativa a la forma de presentación de la reclamación; la adopción del planteamiento del conflicto de disposiciones convencionales; al estudio de la práctica convencional de cada parte en el sentido de ver si recurren a la cláusula NMF para verificar la intención de las partes respecto del alcance de una de una cláusula del mismo estilo; la consideración del principio de contemporaneidad y de la práctica posterior para identificar la intención de las partes; la influencia en el tribunal del contenido de la disposición a ser objeto del juego de la cláusula NMF; el reconocimiento de la doctrina implícita del precedente; la determinación del trato o no

¹³² Doc. [A/67/10](#), párrafos 250 y 252-253.

¹³³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 251 y 254.

¹³⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafo 260.

más favorable que preveía el contenido de la disposición invocada; así como, la existencia de excepciones políticas¹³⁵.

El documento de trabajo presentado por Mathias Forteau contuvo la explicación de la naturaleza del arbitraje relativo a las inversiones, las peculiaridades de su aplicación de las cláusulas NMF, así como los efectos de dichos arbitraje en la aplicación de estas cláusulas a disposiciones de procedimiento. En la medida en que la naturaleza mixta de estos arbitrajes actuaba a dos niveles, el del Estado demandado y el demandante privado, se concluyó que había que situarlo entre dos planos, el nacional y el internacional, teniendo afinidades con el arbitraje comercial internacional y con el arbitraje público internacional¹³⁶.

Se puso de manifiesto que el alcance general del proyecto de artículos de 1978 no incluyó las obligaciones y derechos individuales. No obstante, el individuo aún sin ser parte en el tratado puede invocar la cláusula NMF para que sea respetada por el Estado parte demandado. Se abordó así la dificultad de distinguir entre el trato y el derecho de recurrir al arbitraje por un arreglo de controversias relacionado con el tratado, algo que había dado pie a dos corrientes: una la que ponía el acento en el trato para fundamentar la aplicación de las cláusulas NMF a las cláusulas de arreglo pacífico; y la otra la que insiste en la cláusula de arreglo de controversias como el fundamento del consentimiento del Estado al arbitraje y resalta el respeto al consentimiento¹³⁷.

Por otra parte, se recogió la posible afirmación de directrices de interpretación especiales, en la medida en que algunos tribunales adoptaban el enfoque público (primando el aspecto público del arbitraje), otros el enfoque privado (lo contrario) y otros un enfoque sincrético al combinar ambos aspectos¹³⁸.

El debate en el Grupo de Estudio giró en torno a la posibilidad de aplicar las cláusulas NMF a las cláusulas de arreglo pacífico de las controversias de los tratados bilaterales de inversión; las condiciones fijadas por dichos tratados para la posible invocación por los particulares de las cláusulas de arreglo pacífico; y los factores a considerar para determinar si éstas cláusulas NMF son aplicables a las condiciones para invocar las cláusulas de arreglo pacífico.

Sobre la primera cuestión, se afirmó que dicha posibilidad correspondía al ámbito de la interpretación de los tratados, cuando no había sido excluida o admitida expresamente por las partes en el texto del tratado. Se sugirió que los Estados indicasen su preferencia al respecto y que, en principio, los tribunales no tenían que averiguar si las cláusulas NMF no se aplicaban a las disposiciones de arreglo pacífico¹³⁹.

¹³⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 258-259.

¹³⁶ Doc. [A/67/10](#), párrafo 255.

¹³⁷ Doc. [A/67/10](#), párrafo 256.

¹³⁸ Doc. [A/67/10](#), párrafo 257.

¹³⁹ Doc. [A/67/10](#), párrafo 262.

En lo tocante a las otras cuestiones, se puso de manifiesto que los tribunales de inversiones han considerado que la fijación del alcance de estas cláusulas corresponde al ámbito de interpretación de los tratados y, por tanto, son de aplicación los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena (1969). En este apartado, el Grupo de Estudio ha expresado su intención de formular recomendaciones sobre el ámbito del contexto, la pertinencia de la labor preparatoria y del contenido de la disposición a sustituir, así como sobre la interpretación de la que se va a incluir, la práctica convencional de las partes y el principio de contemporaneidad. También, su intención de seguir estudiando otros aspectos, tales como la distinción entre jurisdicción y admisibilidad o la posible interpretación particular de la disposición de “trato menos favorable” en sede de los tratados bilaterales de inversión¹⁴⁰.

Respecto de los trabajos futuros, en el seno del Grupo de Estudio se recordaron algunas decisiones ya tomadas como fueron la profundización en el estudio de la relación entre estas cláusulas y el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y los acuerdos de inversión o de la existente entre ellas, el trato justo y equitativo y las normas nacionales relativas al trato, así como con los acuerdos comerciales regionales. Y, si bien se puso de relieve la conveniencia de abordar la relación entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos, se insistió en la cautela como forma de evitar problemas de aplicación del proyecto de artículos adoptado en 1978. Por otra parte, se perfiló el contenido de su siguiente informe que será su informe final, pues aunque los cambios en la composición de la CDI habían generado alguna distorsión en la planificación acordada se era optimista acerca del respeto de la misma. Dicho contenido, además de recoger un panorama amplio de la labor de la CDI desarrollada al respecto, incluso los trabajos ya finalizados, recogería las evoluciones habidas con posterioridad al mismo, así como la cuestión de interpretación de las cláusulas NMF respecto del arreglo de las controversias, con indicación de los factores y proposición de cláusulas modelos basadas en la práctica gubernamental¹⁴¹.

VIII. APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

La inclusión del tema en el programa de trabajo de la CDI y el nombramiento de Juan Manuel Gómez Robledo (México) como Relator Especial del tema se produjo en el misma sesión 3132^a, de 22 de mayo. Sería aproximadamente un mes después, en la 3151^a sesión, de 27 de julio de 2012, cuando éste presentaría un primer informe oral a la CDI sobre las consultas oficiosas mantenidas con sus miembros, los días 19 y 25 de julio, sobre la base de un documento oficioso donde el Relator Especial ya exponía algunas cuestiones preliminares. La CDI tomaría nota de dicho informe en esa misma reunión¹⁴².

¹⁴⁰ Doc. [A/67/10](#), parágrafo 263.

¹⁴¹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 264-265.

¹⁴² Doc. [A/67/10](#), párrafos 141-142 y 267 y Doc. [A/CN.4/SR.3151](#), de 10 de agosto de 2012, pp. 18-19. El Relator Especial agradeció específicamente a todos los miembros de la CDI participantes en las consultas sus sugerencias y observaciones (*Ibidem*, parágrafo 154).

El objeto de estas consultas officiosas respondió al deseo del Relator Especial de establecer un diálogo informal sobre las diversas cuestiones que los miembros de la CDI consideraran pertinentes tratar en este quinquenio. En todo caso, el Relator Especial consideraba que el punto de partida debían ser los trabajos realizados por la CDI sobre el tema del Derecho de los Tratados y sobre los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Aspecto sobre el que algunos miembros de la CDI le plantearon la conveniencia de solicitar un memorando a la Secretaría, cuya utilidad fue vista por el Relator Especial, llevándole a proponer su solicitud a la CDI, lo que finalmente ésta acordaría. El Relator Especial aclaró que, en ningún caso, se buscaría modificar el régimen de la Convención de Viena, sino ofrecer a los Estados todo lo que se considerase de utilidad para que recurriesen más frecuentemente a la aplicación provisional de los tratados¹⁴³.

Entre las cuestiones preliminares planteadas estaban la relativa a los procedimientos previos a la aplicación provisional y su terminación, así como la posible aplicación al artículo 25 de la Convención de Viena (1969) de la obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado, prevista en el artículo 18. Los miembros de la CDI realizaron diferentes observaciones y sugerencias, pero la que más se destacó fue aquella que consideraba a ambos como dos regímenes diferentes y como tal había que tratarlos¹⁴⁴.

En cuanto a la cuestión de si la situación creada por la aplicación provisional de los tratados ha de ser tenida en cuenta en el proceso de formación y prueba de la norma consuetudinaria, la opinión general es la de que este aspecto debía excluirse del alcance del tema. Lo que sí podría ser oportuno era la determinación de si el artículo 25 de la Convención de Viena (1969) era en sí una costumbre internacional¹⁴⁵.

Respecto de la práctica estatal, se concluyó que ésta había de ser tenida en cuenta y que sería útil contar con una muestra de la misma. En este sentido, también se valoró positivamente que se pudiera contar con una muestra de la previsión convencional de la aplicación provisional¹⁴⁶.

A estas cuestiones se le sumaron otras de las que no se incluyó el sentido del debate officioso habido. Más exactamente, nos referimos a la definición exacta de la aplicación provisional; sus formas y manifestaciones; su fundamento jurídico; la determinación de los órganos competentes para resolver la aplicación provisional y su relación con la nulidad de un tratado por violación de una disposición de Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados; la uniformidad o no del régimen para los distintos tipos de tratado; su capacidad o no de generación de obligaciones vinculantes, o las modalidades y efectos de su terminación. Por ende, se abordó también el tema de la forma final de los resultados obtenidos, concluyéndose que era prematuro adoptar una decisión al respecto¹⁴⁷.

¹⁴³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 143- 144, 153 y 155.

¹⁴⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafos 145 y 147.

¹⁴⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafo 148.

¹⁴⁶ Doc. [A/67/10](#), párrafos 149-150.

¹⁴⁷ Doc. [A/67/10](#), párrafos 151-152.

IX. FORMACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

El Relator Especial, Michael Wood (Reino Unido), nombrado a la par que la CDI incluyó el tema en su programa del quinquenio (3132ª sesión, de 22 de mayo de 2012), presentó una nota cuyo examen fue objeto de debate durante las sesiones 3148ª, 3150ª-3152ª, celebradas los días 24, 26-27 y 30 de julio de 2012. Posteriormente y a petición de algunos miembros de la CDI y del propio Relator Especial, la CDI solicitaría a la Secretaría la elaboración de un memorando sobre los elementos de la labor realizada anteriormente por la CDI de particular interés para el tema (por ejemplo, los debates habidos alrededor del actual artículo 38 de la Convención de Viena (1969) o cuando abordó el tema “[Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario](#)”, en 1949-1950), en la medida de lo posible para la siguiente sesión¹⁴⁸.

La intención del Relator Especial en esta sesión era promover un debate inicial con un primer intercambio de opiniones sobre el tema y, de forma más concreta, alrededor de su alcance, la metodología a emplear y la forma de los resultados obtenidos¹⁴⁹.

Algunos miembros de la CDI pusieron de manifiesto que la trascendencia de este tema no sólo para los juristas internacionales, sino también para los nacionales que son aplicadores frecuentes de este tipo de normas. Se expresó, en esa línea, que nos encontrábamos ante un desafío para la CDI. De hecho, hubo algunos miembros que consideraron que el calendario provisional propuesto era demasiado ambicioso. Responsabilidad de la que se mostró consciente el Relator Especial, el cual confirmó que el objetivo a perseguir era ofrecer orientación a todos los juristas, especialmente, a los legos en Derecho Internacional Público y que, aunque la ambición estaba, lo realmente importante era abordar las cuestiones de la práctica estatal y el elemento psicológico de la costumbre al mismo tiempo¹⁵⁰.

Hubo quien puso de manifiesto que ese planteamiento holístico del Derecho Internacional Consuetudinario abocaría al fracaso el tratamiento del tema y que, por otra parte, era conveniente otorgar un tratamiento separado a los aspectos de la formación y la prueba. De hecho, se llegó a proponer por algunos miembros que el trabajo se centrara en los medios de prueba. Este último aspecto no fue muy compartido puesto que otros miembros de la CDI respaldaron el tratamiento de ambos aspectos, en la medida en que estaban estrechamente relacionados. El Relator Especial, en cuanto a la primera observación, aclaró que lo que sería objeto de estudio serían las normas secundarias o sistémicas sobre la prueba y que el resultado que se obtendría no sería ambiguo puesto que se pretendía ofrecer un “conjunto claro y sencillo de conclusiones sobre el tema, acompañado, en caso necesario, de las cláusulas de salvaguardia

¹⁴⁸ Vid. Doc. [A/67/10](#), párrafos 157-159, 201 y 268, Doc. [A/CN.4/653](#), de 30 de mayo de 2012, Doc. A/CN.4/SR.3148, de 17 de agosto de 2012, pp. 3-11, Doc. [A/CN.4/SR.3150](#), de 2 de noviembre de 2012, pp. 8-12, Doc. [A/CN.4/SR.3151](#), pp. 8-12, y Doc. [A/CN.4/SR.3152](#), pp. 3-5.

¹⁴⁹ Doc. [A/CN.4/653](#), párrafos 8-10.

¹⁵⁰ Doc. [A/67/10](#), párrafos 169, 172, 192, 194, 199-200

correspondientes” y, en cuanto a la segunda, estimó que había consenso general a la hora de dar un tratamiento conjunto, tal y como estaba reflejado en su Nota¹⁵¹.

Desde otra perspectiva, la necesidad de preservar la flexibilidad del proceso consuetudinario tuvo apoyo general, recomendándose la adopción de un enfoque prudente, la huida de la codificación y la limitación de la labor de la CDI a la clarificación de las normas actuales sobre formación y prueba¹⁵².

Sobre la metodología, el Relator Especial consideró oportuno partir de los planteamientos sobre derecho internacional consuetudinario, adoptados por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional, no sólo a nivel metodológico, sino también sobre el fondo, aunque no excluyó los provenientes de otros tribunales judiciales y arbitrales y de los tribunales internos. Diversidad en la que también insistieron los miembros de la CDI, apuntando la importancia de la contribución que los tribunales regionales a la hora de determinar las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en cuyo valor para el tema el Relator Especial también creía. No obstante, hubo quien apuntó los riesgos de que existiese excesiva dependencia de la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales, debido a su contexto “intersubjetivo”, a la limitación en el ámbito material de los precedentes judiciales y lo no inclusión en muchos de ellos del razonamiento que les llevaba a la afirmación de la existencia de una norma consuetudinaria¹⁵³.

Las observaciones sobre la conveniencia de un estudio teórico de la cuestión, no unánimes en la CDI, fueron respondidas por el Relator Especial en el sentido de aceptar que el análisis de los fundamentos teóricos debía existir si se quería que los resultados tuviesen trascendencia, pero que la resolución de las controversias teóricas sobre el fundamento de la costumbre o la superación de la diversidad de enfoques teóricos no era competencia de la CDI. Se trataba de centrarse fundamentalmente en la práctica, estatal o de otros sujetos de Derecho Internacional¹⁵⁴.

La sugerencia que apuntó a la distinción del estudio en función de la perspectiva subjetiva de los Estados, la perspectiva intersubjetiva del órgano decisorio y la perspectiva objetiva del observador imparcial no fue recibida por el Relator Especial por no entender su idoneidad¹⁵⁵.

En el apartado de trabajos previos realizados con incidencia en la cuestión, el Relator Especial señaló la [*London Statement of Principles Applicable to the Formation of the General Customary International Law*](#), aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en 2000, sobre la base de los trabajos hechos en 1984/1985, así como la labor desarrollada por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el [Derecho](#)

¹⁵¹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 170, 173-174, 193-194 y 196.

¹⁵² Doc. [A/67/10](#), párrafo 171

¹⁵³ Doc. [A/67/10](#), párrafos 161, 180-181 y 199.

¹⁵⁴ Doc. [A/67/10](#), párrafos 178, 182 y 199

¹⁵⁵ Doc. [A/67/10](#), párrafos 179 y 195.

[Internacional Humanitario Consuetudinario](#) u otros trabajos doctrinales sobre la cuestión. Un punto éste último en el que se insistió para que se consultase la mayor cantidad de obra científica posible de diversas culturas jurídicas y en diferentes idiomas¹⁵⁶.

La decisión del Relator Especial de elaborar un breve glosario con los términos oportunos en los idiomas oficiales de la organización contó con el respaldo general, con referencias específicas a la necesidad de distinguir entre Derecho Internacional General y Derecho Internacional Consuetudinario y a la conveniencia de abordar la distinción entre éste último y principios generales del derecho sin buscar una definición definitiva de éstos vista su complejidad¹⁵⁷.

Entrando en las cuestiones relacionadas con el alcance del tema, se propuso al Relator Especial que se centrara en el *usus o diuturnitas* y en la *opinio iuris*, y en cómo eran utilizados por Estados y órganos jurisdiccionales. También que estudiara los trabajos que condujeron a la adopción del artículo 38, párrafo 1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y su entendimiento desde los órganos jurisdiccionales. Se sugirió el estudio sobre un posible cambio en el proceso de formación y que prestase una atención especial a los conceptos de “Estado especialmente afectado” y “objeto persistente” en la medida en que su existencia garantizaba el equilibrio entre los valores comunitarios y la soberanía estatal, así como a la distinción entre palabras y hechos, en la medida en que el *usus* en muchas ocasiones venía a través de la procuración, como era el caso de la adopción de una resolución o un tratado ampliamente ratificado. A todas estas sugerencias, se le unió una larga lista de aspectos concretos señalados a la atención del Relator Especial, sobre los que éste no se pronunció exhaustivamente en el debate de la CDI, aunque sí apuntó que había tomado debida nota y que se reflejarían en los trabajos venideros¹⁵⁸.

El desacuerdo claramente manifestado por varios miembros de la CDI acerca de la exclusión del alcance del tema del estudio del *ius cogens*, llevó al Relator Especial a dejar una puerta abierta a su inclusión en el futuro, si bien insistiendo en dejar este análisis aparte en este primer momento. Una de las principales argumentaciones a favor de su inclusión fue la especificidad que presentan estas normas en cuanto a su formación, prueba y clasificación. La principal argumentación del Relator Especial para su exclusión era que nos encontrábamos ante una cuestión separada como demostraba el hecho de que pudiésemos “encontrar normas imperativas tanto en tratados como en el derecho internacional consuetudinario”¹⁵⁹.

En cuanto a la forma final, de las dos opciones propuestas por el Relator Especial (directrices o conclusiones), contó con mayor predicamento la segunda, sugiriéndose que, en un primer momento, se presentasen propuestas con comentarios susceptibles de ser aprobadas posteriormente como conclusiones. Esta redacción del informe dificulta

¹⁵⁶ Doc. [A/CN.4/653](#), párrafo 13, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 163, 183 y 199

¹⁵⁷ Doc. [A/CN.4/653](#), párrafo 15, y Doc. [A/67/10](#), párrafos 175, 177 y 198.

¹⁵⁸ Doc. [A/67/10](#), párrafos 184-190 y 202.

¹⁵⁹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 165, 176 y 197.

saber si realmente en este tema se va a poner en práctica la recomendación acordada de que los Relatores Especiales no habilitarán en el último momento los comentarios, pues ello les privaba del correspondiente debate¹⁶⁰.

El Relator Especial consideró oportuno pedir información a los gobiernos sobre su práctica relativa a la formación del Derecho Internacional Consuetudinario y los tipos de elementos que puedan servir de prueba de éste, expresada a través de declaraciones oficiales ante las cámaras legislativas, los tribunales y las organizaciones internacionales, así como de las resoluciones de los tribunales nacionales, regionales y subregionales. Especialmente importante esta petición de información, pues aunque el Relator Especial partía de la abundancia de dicha práctica, el establecimiento de la misma no era fácil¹⁶¹.

¹⁶⁰ Doc. [A/67/10](#), párrafos 166, 191 y 199. *Vid.* también RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., “Crónica de Codificación Internacional: La Labor de la Comisión de Derecho Internacional (63ª sesión)”, *REEI*, n° 22, 2011, 40 pp., p. 10).

¹⁶¹ Doc. [A/67/10](#), párrafos 29, 162 y 167. La cita textual extraída de Doc. [A/CN.4/653](#), párrafo 23.