



Asamblea General

Sexagésimo séptimo período de sesiones

Documentos Oficiales

Distr. general
4 de diciembre de 2012
Español
Original: inglés

Sexta Comisión

Acta resumida de la 21ª sesión

Celebrada en la Sede, Nueva York, el lunes 5 de noviembre de 2012, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chekkori (Vicepresidente)..... (Marruecos)

Sumario

Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º (*continuación*)

La presente acta está sujeta a correcciones. Dichas correcciones deberán enviarse lo antes posible, con la firma de un miembro de la delegación interesada, al Jefe de la Dependencia de Control de Documentos (srcorrections@un.org), e incorporarse en un ejemplar del acta.

Las actas corregidas volverán a publicarse electrónicamente en el Sistema de Archivo de Documentos de las Naciones Unidas (<http://documents.un.org>).

12-57342X (S)



Se ruega reciclar 



En ausencia del Sr. Sergeyev (Ucrania), el Sr. Chekkori (Marruecos), Vicepresidente, asume la presidencia

Se declara abierta la sesión a las 10.10 horas.

Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 64° (continuación)
(A/67/10)

1. **El Sr. Huth** (Alemania), al referirse al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dice que, si bien Alemania no tiene preconceptos respecto del posible producto de la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema, está convencido de que el punto de partida debe ser un análisis sólido y completo de la práctica actual de los Estados y una *opinio juris* determinada específicamente. Reitera la posición de Alemania de que la labor de la Comisión se debe basar en la *lex lata*. Las normas sobre inmunidad se fundamentan predominantemente en el derecho internacional consuetudinario porque, en la esfera políticamente delicada de la delimitación y el respeto mutuo de las facultades soberanas de los Estados, el ejercicio de jurisdicción por un Estado sobre funcionarios de otro quizás afecte los derechos de este último. Las normas de *lex lata*, que equilibran los derechos soberanos de los Estados interesados, han demostrado ser en general aceptables y en consecuencia son respetadas por los Estados, que fundamentan su conducta en las normas consuetudinarias aceptadas a fin de no poner en peligro las relaciones con sus contrapartes.

2. Alemania conviene con la mayoría de las cuestiones identificadas en los párrafos 71 a 77 del informe preliminar de la Relatora Especial (A/CN.4/654) y está de acuerdo en que un plan de trabajo detallado permitiría estructurar mejor la labor de la Comisión sobre el tema; sin embargo, es necesario seguir examinando algunos de sus aspectos. En particular, se debe realizar un análisis de la inmunidad en el sistema de valores y principios del derecho internacional contemporáneo sobre la base de una *opinio juris* determinada específicamente y de la práctica pertinente de los Estados, más que en consideraciones abstractas. Es dudoso que en una etapa tan temprana se pueda realizar un análisis, ya que ello podría dar lugar a que se prejuzgaran ciertos resultados. Respecto de las “cuestiones generales de naturaleza metodológica y conceptual”, mencionadas en el párrafo 72 del informe preliminar, valdría la pena

debatir si se debe establecer una distinción conceptual entre la inmunidad de jurisdicción civil extranjera y la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

3. La inmunidad no da lugar inevitablemente a la impunidad. Si bien la lucha contra la impunidad tiene importancia fundamental, los Estados son los encargados de ejercer jurisdicción sobre sus funcionarios si estos hubieran presuntamente cometido actos ilícitos, y también pueden renunciar a la inmunidad de dichos funcionarios. Si esos mecanismos tradicionales no funcionaran, siempre existe la posibilidad de recurrir a los tribunales internacionales, aunque Alemania entiende la posición de la Comisión de que debe excluirse del alcance del tema la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal internacional de los funcionarios del Estado.

4. Debe encomiarse la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Si bien Alemania comparte y apoya plenamente el objetivo del estudio que la Comisión hace sobre el derecho internacional consuetudinario - aportar orientaciones prácticas a los jueces, abogados, diplomáticos y asesores jurídicos gubernamentales que deben aplicar esas normas-, está de acuerdo con los miembros de la Comisión que prefieren aplicar un criterio modesto. Como el derecho internacional consuetudinario es un tema demasiado amplio para abordarse en su integridad, la Comisión debe centrar su atención en los aspectos prácticos y en los magistrados y abogados nacionales que solicitan asesoramiento. Alemania seguirá de cerca el proyecto y está dispuesta a prestar apoyo a la labor de la Comisión sobre el tema mediante la aportación de información sobre la práctica pertinente de Alemania. Alienta a otros Estados y organizaciones internacionales a proceder de la misma manera, ya que el análisis de la práctica de los Estados es fundamental para producir resultados que permitan ofrecer una asistencia concreta a los especialistas en derecho internacional.

5. Pasando al tema de la aplicación provisional de los tratados, el orador dice que esa aplicación, establecida en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se ha vuelto más frecuente a lo largo de los años, en particular cuando los prolongados procedimientos nacionales de ratificación impiden la rápida entrada en vigor del tratado. La práctica se utiliza con igual frecuencia respecto de los instrumentos bilaterales y

multilaterales. Alemania entiende que la aplicación provisional de un tratado entraña que sus normas se pondrán realmente en práctica y que regirán las relaciones entre los Estados negociadores o las posibles partes en la medida en que se convenga en dicha aplicación. Los Estados pueden decidir limitar la amplitud de la aplicación del tratado, como se ha hecho con muchos tratados concertados con la participación de Alemania; en tales casos, la medida de la aplicación provisional está determinada en el tratado mismo o bien en el instrumento en que figura el acuerdo sobre la aplicación provisional.

6. En muchos países, incluido el propio, la legislación interna determina en qué medida se puede convenir o poner en práctica la aplicación provisional de un tratado. Si la aplicación de un tratado exige enmiendas legislativas o la promulgación de legislación interna en el Estado negociador, la aplicación provisional por parte de dicho Estado resulta imposible, al menos hasta que se haya enmendado o promulgado la legislación pertinente. El mismo criterio se puede aplicar si para desembolsar los fondos que exija el tratado hubiera que recibir la aprobación parlamentaria. En consecuencia, a menudo los Estados limitan la aplicación provisional de un tratado al marco de su legislación interna aplicable, dejando en claro que quizás no estén en condiciones de asumir plenamente sus obligaciones. Otra posibilidad es que tal vez convengan en la aplicación provisional del tratado a partir de la notificación de la ultimación de los procedimientos internos necesarios.

7. La aplicación provisional no es la expresión del consentimiento del Estado a considerarse obligado, ni da lugar a una obligación de declarar ese tipo de consentimiento. El párrafo 2 del artículo 25 de la Convención de Viena establece que si un Estado determinase su intención de no ser parte en un tratado –por ejemplo, porque no se ha logrado la aprobación parlamentaria para la ratificación-, podría dar por terminada su aplicación provisional. Sin embargo, la cuestión de si los Estados que han consentido en ser parte en un tratado que todavía no ha entrado en vigor pueden dar por terminada su aplicación provisional, o la manera de hacerlo, dependerá de lo especificado en el acuerdo relativo a dicha aplicación.

8. Respecto del tema de los tratados en el tiempo, Alemania acoge con beneplácito la decisión de la Comisión de cambiar el formato de sus trabajos, según sugirió el Grupo de Estudio, a partir de su 65° período

de sesiones (2013) y de nombrar un Relator Especial para el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”. Alemania espera con interés recibir el primer informe del Relator Especial, que permitirá que la valiosa labor realizada hasta la fecha sea más accesible para los Estados que cuando se realizaba en el marco del Grupo de Estudio.

9. Alemania también acoge complacida la labor del Grupo de Estudio durante el anterior período sesiones, en particular la finalización de las conclusiones preliminares por parte del Presidente del Grupo. La decisión de cambiar el título y acotar el alcance del tema ayudará a la Comisión a centrar su atención en los efectos jurídicos de los acuerdos ulteriores y en la práctica respecto de la interpretación de los tratados y asuntos conexos. Alemania insta a los demás Estados y las organizaciones internacionales a aportar a la Comisión información sobre sus prácticas en tal sentido.

10. **El Sr. Bonifaz** (Perú), al abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dice que, si bien el Perú expresó en anteriores oportunidades la existencia de algunos puntos de vista divergentes respecto de las conclusiones presentadas en los informes del anterior Relator Especial, no cabe duda de que su rigurosidad y profundidad contribuirán a los trabajos futuros sobre el tema. El entusiasmo de la nueva Relatora Especial y su compromiso con los trabajos de la Comisión ya han dado frutos con la presentación de su primer informe, al que se ha denominado “de transición”.

11. Es importante identificar los elementos sustantivos del tema antes de continuar con los aspectos operacionales de su implementación; en consecuencia, el Perú está de acuerdo con el tratamiento separado y de manera correlativa propuesto por la nueva Relatora Especial. En tal sentido, el tema de la inmunidad debe ser abordado tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, ya que hacer la separación de ambas puede provocar incoherencias sistémicas, dada la evolución propia de la materia y su estrecha vinculación con diferentes esferas del derecho internacional. El planteamiento metodológico de distinguir entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* es adecuado en razón de las especificidades que cada una tiene, así como su evolución en el derecho internacional. El Perú también conviene en que la inmunidad de jurisdicción

penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter funcional y en que es ese carácter funcional lo que se encuentra como núcleo principal para su reconocimiento.

12. Como recuerda la nueva Relatora Especial, si bien la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tiene consecuencias en el régimen de la responsabilidad del individuo, también tiene implicancias directas en la responsabilidad del Estado, y viceversa. Por ello se debe profundizar en sus implicancias a fin de evitar confusiones en la aplicación del régimen de responsabilidad propio de cada uno de esos dos sujetos.

13. Respecto de las preguntas que figuran en el párrafo 63 del informe de la Relatora Especial (A/CN.4/654), el Perú considera que los integrantes de la llamada “troika” (jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores) deben estar incluidos en el alcance de la inmunidad. Sin embargo, la realidad de las relaciones internacionales hace que, si el eje central del régimen es de carácter funcional, resulte tanto artificial establecer una línea divisoria con otros altos funcionarios, como un ministro de comercio exterior. Establecer un listado de beneficiarios no sería la mejor solución, ya que la nomenclatura dependerá de la manera en que cada país regule el cargo. En consecuencia, se debe seguir un criterio restrictivo que tenga como eje orientador la función del cargo; la Comisión podría ahondar en identificar las características para reconocer a los funcionarios que, por sus funciones, podrían gozar de inmunidad. En consecuencia, parece válida la propuesta de la Relatora Especial de que la Comisión reflexione sobre el particular a fin de delimitar de la mejor manera posible el objeto de estudio. Debe subrayarse que la labor de la Comisión no debe dar lugar a situaciones de impunidad, en particular respecto de los crímenes más graves para la comunidad internacional.

14. La labor de la Sexta Comisión sobre la cuestión del alcance y la aplicación de la jurisdicción universal está estrechamente relacionada con los temas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la obligación de juzgar o extraditar (*aut dedere aut judicare*). El tema de la jurisdicción universal se incluyó por primera vez en el programa de la Asamblea General en su sexagésimo cuarto periodo de sesiones y se ha profundizado su estudio tras dos años en el marco del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión; el Perú estima que ya es hora de

que se solicite el concurso de la Comisión de Derecho Internacional en tanto que la temática requiere los insumos jurídicos que esta puede proporcionar. Varios de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional ya han sugerido en que esta tendría que hacer un análisis de la jurisdicción universal, habida cuenta de su relación con los temas incluidos en su programa de trabajo. En consecuencia, el Perú recomienda que la Comisión de Derecho Internacional estudie la cuestión de la jurisdicción universal, a fin de dar una mayor sistematización al conjunto de su trabajo, con lo cual también se beneficiaría la Sexta Comisión.

15. **La Sra. Maeng Sujin** (República de Corea) dice que, como ha indicado la Relatora Especial, la armonización entre *lex lata* y *lex ferenda* es esencial para abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que está estrechamente relacionado con otras cuestiones jurídicas importantes, como el fortalecimiento del estado de derecho y la lucha contra la impunidad. Habida cuenta del mandato de la Comisión de Derecho Internacional de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la República de Corea considera también que sería más efectivo aplicar al tema un criterio deductivo, más que inductivo, y que la Comisión debería determinar y elaborar las normas pertinentes sobre la base de la práctica de los Estados y la jurisprudencia nacional e internacional.

16. Aunque el anterior Relator Especial había señalado que la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* diferían respecto de sus consecuencias jurídicas en los temas de la inmunidad, la necesidad de invocar la inmunidad y la renuncia a la inmunidad, todavía es difícil distinguir claramente entre los beneficiarios de los dos tipos de inmunidad. Además, la ampliación del alcance de la inmunidad *ratione personae* a fin de incluir a ciertos funcionarios de alto rango, en lugar de limitarlos a los de la “troika”, podría dificultar la determinación exacta de quién tiene derecho a ella, habida cuenta de la diversidad de sistemas políticos de los Estados. En consecuencia, se necesitan criterios claros para determinar cuáles son esos funcionarios. El fallo pronunciado en 2002 por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, en que se determinó que las inmunidades

otorgadas a los ministros de relaciones exteriores se concedían para asegurar el cumplimiento eficaz de sus funciones en nombre de los Estados respectivos, quizás sea útil en tal sentido.

17. Respecto de la inmunidad *ratione materiae*, es importante definir el término “acto oficial” y considerar la relación que existe entre las normas sobre atribución de responsabilidad del Estado y las normas sobre inmunidad de los funcionarios del Estado para determinar si un funcionario del Estado actúa a título oficial, como ha propuesto la Relatora Especial. Un examen a fondo de la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* en el derecho de la inmunidad de los Estados también sería útil para establecer una lista de actos oficiales.

18. Las actividades encaminadas a determinar el alcance de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado deben centrarse en determinar las normas vigentes mediante el análisis de la práctica pertinente de los Estados y de la jurisprudencia nacional e internacional. Si no fuera posible determinar claramente cuál es el derecho aplicable, en interés de proteger los derechos humanos o de luchar contra impunidad, será necesario examinar la cuestión de si se debe reconocer algún tipo de limitación a la inmunidad en los casos en que se produzca una violación de *jus cogens* o se cometan crímenes internacionales. Teniendo presente la divergencia de posiciones entre los Estados y los miembros de la Comisión de Derecho Internacional respecto de la necesidad de establecer excepciones y, de existir estas, su alcance, la República de Corea solicita a la Comisión que adopte un criterio cauteloso. Presta apoyo a la propuesta de la Relatora Especial de analizar un grupo de cuestiones por vez y espera que la Comisión considere toda la documentación pertinente, incluidos los informes anteriores, el memorando de la Secretaría (A/CN.4/596 y Corr. 1) y los progresos logrados en los debates en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión.

19. Respecto del tema de la aplicación provisional de los tratados, la República de Corea considera necesario aclarar el significado de “aplicación provisional” en el artículo 25 de la Convención de Viena. Si significa que el tratado entra en vigor provisionalmente sin el consentimiento del Estado a estar obligado, es importante considerar de qué manera el régimen de aplicación provisional puede armonizarse con las

normas internacionales actuales basadas en dicho consentimiento. También es necesario examinar la práctica de los Estados sobre la manera en que una persona está facultada para representar a un Estado a los fines de expresar su consentimiento a estar obligado por un tratado “antes de su entrada en vigor”, así como los artículos conexos 7, 8, 46 y 47 de la Convención. Por ejemplo, la aplicación provisional del acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea y la Unión Europea requirió el consentimiento de la Asamblea Nacional de Corea, al igual que se habría necesitado para su entrada en vigor. Como el acuerdo se ha aplicado provisionalmente con el consentimiento de la Asamblea, no se han adoptado medidas adicionales para su entrada en vigor.

20. En cuanto a la relación existente entre los artículos 18 y 25 de la Convención, debe señalarse que los artículos se aplican a un tratado como regímenes separados antes de su entrada en vigor; en otras palabras, la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor se puede aplicar independientemente de su aplicación provisional. Si el tratado mismo establece ese tipo de aplicación, la disposición estaría protegida por el artículo 18 de la Convención.

21. Respecto del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, convendría solicitar a la Secretaría que preparase un memorando sobre la cuestión, teniendo presente que el derecho internacional consuetudinario todavía cumple un papel importante en el ordenamiento jurídico internacional. En cuanto al producto final de la labor de la Comisión sobre el tema, la República de Corea conviene con el Relator Especial en que debe adoptar la forma de un conjunto claro, conciso y amplio de conclusiones con comentarios, que ayude a las personas sin conocimientos de derecho internacional a determinar si una norma en particular es o no una norma de derecho internacional consuetudinario. Teniendo en cuenta las distintas pautas de desarrollo y formación del derecho internacional consuetudinario en las distintas esferas del derecho internacional, así como la práctica de los Estados, es importante decidir por adelantado si la Comisión debe procurar algún tipo de uniformidad en el proceso de formación y documentación del derecho internacional consuetudinario mediante un sistema jurídico internacional. También habrá que considerar la

metodología para reunir y evaluar la práctica de los Estados.

22. El tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) es de interés para la República de Corea en razón de su posible contribución al fortalecimiento del estado de derecho y a luchar contra la impunidad. Sin embargo, habida cuenta de los resultados de los debates de la Comisión, ha llegado el momento de volver a examinar la cuestión de si el tema es pertinente para su misión, la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. No obstante, la oradora desea formular observaciones sobre cuestiones de fondo conexas.

23. No sería eficaz armonizar las disposiciones sobre la obligación de extraditar o juzgar en todos los tratados multilaterales debido a la incertidumbre sobre si la práctica pertinente de los Estados es uniforme, a pesar de la existencia de la "fórmula de La Haya" en los tratados relacionados con los delitos aeronáuticos. Tampoco sería conveniente que la Comisión centrara su atención en la interpretación, aplicación y ejecución de una disposición en particular sobre extradición o enjuiciamiento, a menos que de esa manera se pudieran determinar principios generales de derecho internacional. Respecto de la sugerencia de que la Comisión centre su atención en la extradición o el enjuiciamiento de personas acusadas de haber cometido crímenes básicos en virtud del derecho internacional, la República de Corea considera que esa labor sería redundante, ya que el artículo 9 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se refiere al mismo asunto. Por último, sería útil realizar un análisis del fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)*, ya que la cuestión básica resuelta en esa causa fue el cumplimiento por el Estado de la obligación convencional o de derecho consuetudinario de extraditar o enjuiciar. Algunos magistrados formularon opiniones separadas en que negaron la existencia de esa obligación de derecho consuetudinario como cuestión de derecho internacional general, aunque la opinión de la Corte misma no fue totalmente clara al respecto.

24. Examinando por último el tema de los tratados en el tiempo, la República de Corea respalda la decisión de la Comisión de nombrar al Presidente del Grupo de Estudio como Relator Especial para el tema "Los

acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados", pero considera prematuro formular observaciones sobre las conclusiones preliminares adicionales presentadas por el Presidente del Grupo de Estudio.

25. **El Sr. Nikolaichik** (Belarús) dice que la delegación de Belarús prefiere que la Comisión prepare rápidamente un documento que refleje las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Exhorta a la Comisión a que interprete la redacción del tema literalmente a fin de determinar su alcance y codificar las normas que rigen la inmunidad de los funcionarios del Estado ante los tribunales internos de Estados extranjeros. La Comisión podría examinar las propuestas *de lege ferenda* a fin de permitir el desarrollo progresivo del derecho y eliminar las lagunas en las normas que rigen la situación jurídica internacional de los funcionarios del Estado. En los informes del Relator Especial y de la Comisión se debería distinguir claramente entre *lex lata* y *lex ferenda*.

26. La inmunidad de los funcionarios del Estado dimana de la inmunidad del Estado, según se define en los principios de igualdad soberana de los Estados y no injerencia en sus asuntos internos, y es una función de sus obligaciones oficiales. Algunos funcionarios representan al Estado en las relaciones internacionales y en esencia, su inmunidad es la del Estado. Los funcionarios superiores del Estado gozan de inmunidad absoluta (*ratione personae*) en virtud de su condición, ya que además de representar internacionalmente el Estado, también desempeñan funciones internas que son cruciales para la soberanía del Estado. La posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención* respalda esa opinión y refleja claramente la *lex lata*.

27. Se observan problemas cuando se trata de determinar criterios para otorgar inmunidad *ratione personae* a funcionarios que no son jefes de Estado o de gobierno o ministros de relaciones exteriores. También existe una contradicción inherente en la determinación de si la inmunidad *ratione personae* de los funcionarios de alto rango se transforma en inmunidad funcional (*ratione materiae*) una vez que dejan de ocupar el cargo, lo que entraña que si bien los actos que hubieran realizado en su condición oficial escapan a la jurisdicción de los tribunales extranjeros, sus actos privados están sujetos a enjuiciamiento penal;

la Convención de las Naciones Unidas sobre las Misiones Especiales, de 1969, y su documentación preparatoria pueden aportar orientaciones en tal sentido. La Comisión deberá fundamentar su examen del tema en las posiciones y las prácticas de los Estados, las organizaciones intergubernamentales y los órganos judiciales internacionales y deberá basarse en el derecho de los tratados y en el derecho internacional consuetudinario. Al determinar posibles direcciones para el desarrollo progresivo se deberá dar menor importancia a las posiciones establecidas en la doctrina jurídica internacional y en los foros no gubernamentales.

28. Belarús considera que la propuesta de examinar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado en el contexto de los valores esenciales de la comunidad internacional no es particularmente productiva, ya que la tentativa de enmarcar esos valores sería prematura y distraería a la Comisión de su labor. Los principios fundamentales de derecho internacional consagrados en la Carta de las Naciones Unidas son de genuino valor para la cooperación y las relaciones de amistad entre los Estados. La inmunidad de los funcionarios del Estado es parte de la soberanía e inmunidad del Estado; en consecuencia, la cuestión del enjuiciamiento penal en el extranjero del funcionario del Estado, incluidos ex funcionarios del Estado, debe examinarse a la luz de las normas aplicables de derecho internacional, el respeto de la soberanía del Estado y las normas sobre la renuncia a la inmunidad.

29. La cuestión del vínculo entre la afirmación por un Estado de su inmunidad y su responsabilidad por la conducta de sus funcionarios, planteada por Relator Especial, merece un amplio examen. La Comisión podría examinar los actos no autorizados o *ultra vires* realizados por funcionarios del Estado, siempre que no se cuestione la naturaleza imperativa de las normas fundamentales que rigen la inmunidad de los funcionarios del Estado. Sin embargo, Belarús considera que la cuestión ya fue resuelta en principio por la Comisión durante su labor relativa a los artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos.

30. En cuanto a la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*), un análisis de la aplicación de los tratados internacionales pertinentes, de los retos

resultantes y de las posiciones asumidas por los Estados interesados contribuirá a comprender mejor el tema. La Comisión de Derecho Internacional y el Grupo de Trabajo también deberán realizar un estudio sistemático de la práctica de los Estados a fin de determinar si la obligación ha alcanzado la categoría de norma consuetudinaria, independiente de un tratado internacional. Sería útil saber de qué manera el ejercicio de la jurisdicción universal sobre ciertas categorías de delitos podría afectar el surgimiento de la obligación de extraditar o enjuiciar como norma consuetudinaria y si igualmente la obligación podría afectar el ejercicio de la jurisdicción universal. La Comisión podría realizar un análisis de la función de la jurisdicción universal a la luz de la obligación de extraditar o enjuiciar, sin esperar que la Sexta Comisión complete su labor sobre el tema.

31. Respecto de la aplicación provisional de los tratados, los artículos 18 y 25 de la Convención de Viena siguen siendo pertinentes y no es necesario revisarlos fundamentalmente. Belarús respalda la decisión de la Comisión de examinar las disposiciones de la Convención relativas a las reservas, la aplicación provisional y la práctica ulterior de los Estados en documentos flexibles que resuman la práctica de los Estados sin alterar la Convención. La aplicación provisional de los tratados aporta estabilidad jurídica a las relaciones entre Estados y ayuda a eliminar obstáculos en muchas esferas de actividad. Sin embargo un inconveniente de esta práctica es que permite a los Estados demorar la expresión de su consentimiento a estar obligados por un tratado, ya que su aplicación provisional no genera obligaciones jurídicamente vinculantes. A fin de alentar a los Estados a expresar dicho consentimiento más rápidamente, quizás la Comisión deba examinar si sería conveniente que la aplicación provisional extendida de ciertas disposiciones del tratado adquiriera la condición de costumbre internacional *de lege ferenda*.

32. Con arreglo al párrafo 32 de la ley de Belarús sobre tratados internacionales, un tratado aplicado provisionalmente antes de su entrada en vigor debe aplicarse de la misma manera que uno que ya ha entrado en vigor, a partir de la fecha de su firma por Belarús. La delegación de Belarús comparte la opinión de que la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, establecida en el artículo 18 de la Convención de Viena, es independiente de la aplicación provisional del tratado y

paralela a ella. En el producto de la labor de la Comisión sobre el tema se deberán considerar todos los medios conocidos de concertar el acuerdo para la aplicación provisional de un tratado, las condiciones previas para dicha aplicación y los efectos de su rescisión.

33. Sería útil analizar las distintas teorías sobre la naturaleza del derecho internacional consuetudinario a fin de que se pueda comprender mejor el proceso de su formación y orientar las actividades futuras de codificación. La Comisión debería examinar las cuestiones interrelacionadas de cómo se forman las normas de derecho internacional consuetudinario, cuáles son las fuentes que sirven para determinar la existencia de esas normas y la medida en que el proceso de su formación ha cambiado ante la influencia de la tecnología de la información y las comunicaciones, las decisiones de los órganos judiciales internacionales y la práctica internacional en materia de tratados. La Comisión debe establecer claramente cuáles son los componentes principales de las normas de derecho internacional consuetudinario, incluido un análisis de la práctica internacional y de la *opinio juris*. Otros temas de interés son la identificación de asuntos cuya práctica puede dar lugar a la formación de normas consuetudinarias y la subdivisión del derecho internacional consuetudinario en normas consuetudinarias generales, regionales y locales. Si bien no se justificaría elaborar una convención basada en esas conclusiones, la labor de la Comisión podría adoptar la forma de una serie de conclusiones o directrices que los expertos podrían utilizar para determinar las normas de derecho internacional consuetudinario. El objetivo principal de la labor de la Comisión sobre el tema sería prestar asistencia a los Estados y otros sujetos de derecho internacional en sus esfuerzos por comprender las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional y cumplirlas.

34. Respecto del tema de los tratados en el tiempo, Belarús respalda la decisión del Relator Especial de sintetizar, en su primer informe, los tres informes que había presentado al Grupo de Estudio en su condición de Presidente de este, a fin de que los Estados y demás partes interesadas puedan examinar el tema sobre la base de un documento combinado único y debatir las seis conclusiones preliminares del Presidente.

35. **El Sr. Stuerchler Gonzenbach** (Suiza) dice que, al examinar el tema de la inmunidad de jurisdicción

penal extranjera de los funcionarios del Estado, es necesario establecer un equilibrio entre la lucha contra la impunidad y la necesidad de mantener relaciones armoniosas entre los Estados. Las divergencias de opinión en temas como el alcance de la inmunidad de jurisdicción y las personas con derecho a invocarla demuestran lo difícil del reto que afronta la Comisión de Derecho Internacional.

36. Respecto de la solicitud formulada por la Comisión de que los Estados aporten información sobre su legislación y prácticas nacionales, los tribunales suizos han debido en gran medida expedirse acerca del alcance de la inmunidad de miembros de misiones diplomáticas, misiones permanentes y puestos consulares y funcionarios de organizaciones internacionales; hay muy poca jurisprudencia relativa a otros funcionarios del Estado. Sin embargo, recientemente la Corte Penal Federal debió decidir si un ex ministro de defensa de otro Estado, que se encontraba en Suiza realizando una breve visita privada, podía invocar legítimamente inmunidad de jurisdicción penal después de una denuncia presentada contra él por crímenes de guerra presuntamente cometidos muchos años antes, en su Estado de origen, mientras era ministro de defensa. La Corte Federal, haciendo referencia a la causa *Orden de detención*, decidida por la Corte Internacional de Justicia, falló que un ministro de defensa en ejercicio de su cargo tenía derecho a inmunidad *ratione personae* con arreglo al derecho internacional público, con lo que se reconoció que dicha inmunidad no estaba restringida a la “troika”, sino que también podía aplicarse a otros funcionarios gubernamentales de alto rango. Concluyó que subsistía un cierto nivel de inmunidad después de la finalización de las funciones oficiales. Sin embargo, también decidió que se debían permitir ciertas excepciones a la inmunidad *ratione materiae* y que la inmunidad oficial residual no le eximía de su posible responsabilidad por violaciones graves de los derechos humanos. La Corte Federal se negó a reconocer la inmunidad de jurisdicción en la causa que tuvo ante sí y concluyó que el desarrollo del derecho internacional tendía a limitar el alcance de la inmunidad en ese tipo de situaciones.

37. Si bien se han expresado opiniones divergentes sobre el tema, redundan en interés de la comunidad internacional, y del gobierno de Suiza en particular, tanto en su condición de Estado anfitrión como en el contexto de su política de buenos oficios, encontrar

soluciones a las cuestiones pendientes. El orador alienta a la Comisión a que adopte un criterio gradual respecto del tema, a fin de apartarse, al menos en la etapa actual, de un debate que ponga a la inmunidad *rationae personae* contra la inmunidad *ratione materiae*. Por el momento, la Comisión deberá centrar su atención en el caso de los funcionarios del Estado que actualmente ocupan el cargo, sin considerar su situación después de que cesan en sus funciones. El primer paso deberá ser establecer cuáles son los funcionarios que tienen derecho a gozar de inmunidad de jurisdicción, en el entendimiento que solo se examinarán las categorías todavía no contempladas en los convenios internacionales y que deberían establecerse diferencias en el alcance de la inmunidad otorgada a los distintos funcionarios estatales que se determinarían.

38. Una vez alcanzado un acuerdo sobre ese punto, el próximo paso sería distinguir entre visitas oficiales y privadas. Con ese fin, sería útil definir el término “visita oficial”, en el que quizá se podrían incluir todas las visitas de un funcionario del Estado por invitación del gobierno de otro Estado o con su autorización, a cualquier nivel, teniendo presente que el alcance de la inmunidad podría variar según la categoría del funcionario del Estado en cuestión. Esa definición debería abarcar no solo las visitas oficiales bilaterales, sino también las reuniones de varios Estados u organismos estatales celebradas en el territorio de un Estado determinado con el consentimiento de este. En tal sentido, el artículo 18 de la Convención sobre Misiones Especiales, que establece que las misiones especiales se pueden reunir en el territorio de un tercer Estado con el consentimiento expreso de este, podría servir de punto de partida para las deliberaciones. Aunque esa convención no tiene reconocimiento universal y solo 45 Estados son elementos provienen de la norma *venire contra factum proprium*, según la cual sería incuestionablemente ilícito que un Estado invitara oficialmente a un funcionario de otro Estado para luego detenerlo al llegar a su territorio.

39. Una vez convenida la definición de funcionario del Estado y de visita oficial, la Comisión podría examinar la medida en que la inmunidad se podría otorgar a funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones durante las visitas oficiales, teniendo presente que el alcance de la inmunidad podría variar según la categoría del funcionario. Una vez que se hubiera llegado en gran medida a un acuerdo en tal

sentido, sería posible abordar las cuestiones restantes, como el estatuto de los funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones que realizan visitas privadas y el de los funcionarios del Estado después de haber dejado el cargo.

40. Habida cuenta del fallo en la causa *Orden de detención* y de la decisión mencionada previamente de la Corte Penal Federal, Suiza considera que se debe conceder una amplia inmunidad de jurisdicción no solo a la “troika”, sino también a otros funcionarios del Estado de categoría superior que deben viajar regularmente en ejercicio de sus funciones. En la etapa actual, Suiza no formula observaciones sobre la cuestión de si dichos funcionarios deben gozar de inmunidad total de jurisdicción o si se deben permitir excepciones. Igualmente, si bien esos funcionarios podrían invocar algún nivel de inmunidad residual después de cesar en cargo, es prematuro debatir el alcance de esa inmunidad.

41. Por último, el orador señala que la Semana del Derecho Internacional ofrece una excelente oportunidad para celebrar diálogos entre la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión. Como esa relación está bien establecida, no hay motivos para que la Comisión de Derecho Internacional sesione en Nueva York; es esencial promover el derecho internacional y su desarrollo, no solo desde Nueva York, sino también desde Ginebra, que aloja a la Comisión y es un centro importante para el desarrollo del derecho internacional.

42. **El Sr. Redmond** (Irlanda), señalando que las delegaciones podrán consultar una declaración más detallada en el portal PaperSmart, dice que Irlanda espera que la Comisión dé una prioridad continua al tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Hace suyo el plan de trabajo detallado para el quinquenio en curso establecido por la Relatora Especial sobre el tema y comparte su opinión de que, habida cuenta de la multiplicidad de asuntos, es prudente adoptar un criterio gradual y abordar cada grupo de cuestiones de uno a la vez. También acoge con beneplácito la intención de seguir actualizando el memorando preparado por la Secretaría (A/CN.4/596 y Corr.1).

43. El Parlamento de Irlanda no ha promulgado legislación sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En tales casos, los tribunales aplican las normas pertinentes de

derecho internacional consuetudinario; sin embargo, en la práctica la cuestión de la inmunidad no se ha planteado nunca en el enjuiciamiento penal de un jefe de Estado o de gobierno, ministros de relaciones exteriores u otros funcionarios de Estado extranjeros. Solo en una ocasión, según tiene conocimiento la delegación de Irlanda, se expidió una orden de detención contra un funcionario estatal extranjero, concretamente un primer ministro, pero no se llegó a examinar la cuestión de la inmunidad porque la denuncia se rechazó con otros fundamentos.

44. Irlanda considera que la inmunidad de los funcionarios estatales extranjeros tiene únicamente naturaleza procesal, y no es sustantiva ni material, porque no absuelve al funcionario de su obligación de respetar las leyes del Estado extranjero en que se encuentre. Si bien la inmunidad *ratione personae* se aplica a la “troika”, es importante que la Comisión aclare en qué medida también se aplica a otras personas; en tal sentido, sería útil contar con una definición convenida internacionalmente del término “funcionario del Estado”. En los párrafos 181 a 200 de su fallo en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, la Corte Internacional de Justicia destacó la importancia de los aspectos procesales al afirmar la inmunidad de los funcionarios extranjeros y la importancia de la etapa preliminar del proceso. La Comisión también deberá examinar detalladamente los vínculos que existen entre la afirmación de inmunidad respecto de los actos de un funcionario del Estado y la asunción de responsabilidad del Estado por dichos actos.

45. Respecto de las consideraciones metodológicas, Irlanda conviene en que las determinaciones que entrañen codificación y las propuestas relativas al desarrollo progresivo del derecho deben distinguirse claramente a fin de mantener la transparencia. Si bien no siempre existe una clara distinción entre las dos categorías, Irlanda considera valioso centrar inicialmente la atención en la *lex lata*, antes de evaluar propuestas que entrañen desarrollo progresivo; ese criterio permitirá contar con claridad conceptual y ayudará a mantener un máximo de transparencia.

46. Si bien se debe mantener una distinción entre las normas de inmunidad y las que rigen la jurisdicción, es claro que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado entraña preocupaciones que también son pertinentes en el ejercicio de la jurisdicción universal. En consecuencia,

Irlanda reitera que sería útil remitir esta última cuestión a la Comisión de Derecho Internacional a fin de que en ella se pueda realizar un análisis de expertos que, de ser necesario, podría ser seguido por un nuevo debate en la Sexta Comisión.

47. Respecto del tema de la aplicación provisional de los tratados, Irlanda observa con beneplácito una mayor elaboración de las cuestiones determinadas en el párrafo 151 del informe de la Comisión (A/67/10) y está de acuerdo en que la pertinencia de la aplicación provisional de los tratados respecto de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario podría examinarse mejor en el contexto de la labor de la Comisión sobre este último tema y, como ha indicado la Relatora Especial, se debe incluir tanto el método para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario como las posibles fuentes de esa información. Irlanda presta apoyo a la preferencia del Relator Especial de no incluir la cuestión del *jus cogens*, manteniendo abierta la opción de volver a examinarla en una etapa posterior; en muchos sentidos, el *jus cogens* es un tema separado con sus propias complejidades en lo que hace a su formación, documentación y clasificación.

48. Es importante trabajar en favor de un producto práctico y útil que aporte orientaciones tanto a nivel internacional como interno. En tal sentido, Irlanda conviene en que un producto final adecuado de la labor de la Comisión sobre el tema sería un conjunto de propuestas o conclusiones con comentarios, que no deberían ser excesivamente restrictivos. Acoge con beneplácito el ambicioso plan de trabajo para el quinquenio y espera con interés el primer informe de la Relatora Especial.

49. **El Sr. Van Den Bogaard** (Países Bajos) dice que la cuestión fundamental que se debate en el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es la relación que existe entre el derecho internacional sobre la inmunidad y el derecho penal internacional. La Comisión de Derecho Internacional ha contribuido a la codificación del derecho de la inmunidad mediante la redacción de distintas convenciones, más recientemente, la **Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes**. El derecho penal internacional, que se refiere a la responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales, ha

evolucionado considerablemente en los dos últimos decenios, en particular a resultas de la creación de tribunales internacionales y de la Corte Penal Internacional. La Comisión no debería abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal internacional de los funcionarios del Estado de manera aislada, sino que deberá tener en cuenta lo que ya se ha logrado en esas esferas del derecho internacional, tanto respecto de las cuestiones de fondo como de la terminología, a fin de asegurar la coherencia y uniformidad del derecho internacional. Por ejemplo, respecto de las observaciones hechas por la nueva Relatora Especial sobre la adecuación del término “funcionario”, quizás sería más adecuado utilizar el término “representante del Estado”, que se utilizó en la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales y se aclaró en los comentarios de la Comisión al proyecto de artículos sobre el mismo tema.

50. Hay una gran variedad de opiniones entre los Estados, incluso entre los tribunales de un mismo Estado, así como entre los miembros de la Comisión, sobre si, a fin de evitar la impunidad, los tribunales nacionales deben desempeñar algún tipo de función respecto de que los funcionarios de Estado extranjeros respondan por la comisión de crímenes internacionales, o si esos funcionarios deben disfrutar de inmunidad a fin de poder desempeñar sus funciones como representantes de un Estado extranjero. Habida cuenta de esa diversidad de opiniones, los Países Bajos respaldan la tentativa de la Relatora Especial de lograr una aclaración conceptual y metodológica. Si la Comisión diera un paso atrás y observara esas cuestiones con una perspectiva más amplia, quizás podría comprender mejor la *lex lata* y podría adoptar decisiones más informadas sobre la *lex ferenda*.

51. En cuanto a la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, el artículo 16 de la Ley neerlandesa sobre crímenes internacionales, de 2003, otorga inmunidad de enjuiciamiento penal por la comisión de crímenes internacionales a dos categorías de personas y no distingue entre los dos tipos de inmunidad. Sin embargo, el memorando explicativo de dicha ley indica que la inmunidad

ratione personae entraña inmunidad tanto por actos oficiales como privados. Si no se otorgara esa inmunidad plena, las personas con derecho a inmunidad personal no podrían desempeñar sus funciones. Al mismo tiempo, en el memorando explicativo se indica que las normas de derecho internacional sobre inmunidad se han vuelto gradualmente menos absolutas; por ejemplo, se acepta que los ex jefes de Estado y de gobierno y los ex ministros de relaciones exteriores ya no disfrutaban de inmunidad por actos privados realizados mientras desempeñaban sus funciones.

52. En los últimos años ha continuado en los Países Bajos la tendencia en pro de una inmunidad más limitada. Por ejemplo, su Comité independiente sobre cuestiones de derecho internacional público, en un informe de 2011 sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado extranjeros, estableció una clara distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, y concluyó que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica a los crímenes internacionales cometidos en el desempeño de las funciones y que solo las personas que gozan de inmunidad *ratione personae* tienen derecho a una inmunidad plena, incluso respecto del ejercicio de la jurisdicción sobre crímenes internacionales. El Gobierno de los Países Bajos aceptó esas conclusiones.

53. En los Países Bajos no se ha establecido explícitamente criterio alguno para determinar a qué personas se aplica la inmunidad *ratione personae*. En términos generales, las personas que disfrutaban de ese tipo de inmunidad con arreglo al derecho internacional tienen derecho a la inmunidad plena en el ordenamiento jurídico de los Países Bajos, según se refleja en el artículo 16 de la Ley de crímenes internacionales. En la actualidad, en los Países Bajos disfrutaban de inmunidad plena de jurisdicción penal la “troika”, los diplomáticos acreditados, los miembros de misiones oficiales y las personas a las que se otorga esa inmunidad con arreglo a toda convención aplicable a los Países Bajos. La delegación de los Países Bajos alienta enérgicamente a la Comisión a dar la máxima prioridad a la cuestión de la *lex lata* y a que actúe con valentía en el desarrollo de la *lex ferenda*, con arreglo a las normas y los principios vigentes en las distintas ramas del derecho internacional. En consecuencia, presta pleno apoyo al plan de trabajo propuesto por la Relatora Especial.

54. Pasando al tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, el orador recuerda que en ocasiones tal vez los Estados no deseen ser demasiado específicos acerca de las normas que consideran de derecho consuetudinario o sobre la manera en que esas normas han alcanzado tal condición; normalmente las deliberaciones sobre la formación de las normas de derecho consuetudinario se celebran a puertas cerradas y no hay claridad al respecto a menos que la situación exija concretamente que se llegue a una determinación. Sin embargo, la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión fundamental y central del derecho internacional que claramente justifica ser debatida en la Comisión de Derecho Internacional. Habida cuenta de que la Comisión es consciente del riesgo de que tal vez el alcance del tema sea demasiado amplio, cabe esperar que la duración y escala del proyecto se gestionen correctamente.

55. Los Países Bajos no tienen certeza acerca de si la Comisión debería prestar tanta atención a la función de los jueces nacionales en la determinación del derecho consuetudinario, ya que la capacidad de estos para hacer ese tipo de determinación depende del ordenamiento jurídico del país en cuestión y de la capacidad de sus tribunales de remitirse al derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, sobre la base de la jurisprudencia establecida, tal vez los tribunales de los Países Bajos no puedan, en ciertas situaciones, tener en cuenta el derecho consuetudinario. En consecuencia, la función de los tribunales nacionales está relacionada más estrechamente con los parámetros establecidos por la legislación interna que con los establecidos por el derecho consuetudinario. Además, no necesariamente los gobiernos habrán de presentar ante los tribunales internos su opinión sobre el derecho consuetudinario; a menudo el derecho interno, incluido el derecho constitucional, impide a los Estados participar en una causa entre otras dos partes, y no siempre existe la posibilidad de presentar escritos *amicus curiae* u opiniones jurídicas similares.

56. Otra cuestión que no ha sido planteada por la Comisión es que, si bien las normas sobre la formación del derecho consuetudinario no tienen exigencias respecto del idioma o sus elementos componentes, la evaluación de la documentación del derecho internacional consuetudinario tiende a centrarse, en la

práctica, en uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas. Sin embargo, la práctica o las *opinio juris* pertinentes se pueden expresar en muchos idiomas que, desde el punto de vista jurídico, serían igualmente pertinentes para la formación del derecho consuetudinario. Esa situación tiene claramente un aspecto financiero; muchas instituciones gubernamentales o académicas producen estudios organizados y útiles de la práctica reciente de los Estados y, si bien los Estados en que se hablan idiomas que no son los oficiales de las Naciones Unidas tal vez se esfuercen por traducir la práctica pertinente, cuando cuentan con los medios financieros para hacerlo, tales medios no siempre existen. En consecuencia, su práctica queda sin registrar o no resulta accesible. La misma situación se plantea respecto de las decisiones judiciales pronunciadas en idiomas que no son los de las Naciones Unidas. En consecuencia, la Comisión deberá tener en cuenta el idioma empleado en la expresión de la *opinio juris* y la presentación de la práctica, y si se trata de declaraciones gubernamentales ante los tribunales o de estudios académicos sobre la práctica oficial.

57. Por último, los Países Bajos estiman que la función de las organizaciones internacionales en la formación del derecho internacional consuetudinario es una cuestión importante a la que se debe prestar una atención suficiente en la etapa actual de la labor de la Comisión. Por ejemplo, sería importante establecer si – y en caso afirmativo, en qué medida– la práctica de esas organizaciones debe tenerse en cuenta para determinar la existencia de una práctica amplia o virtualmente uniforme, y si las organizaciones internacionales podrían –ya que constantemente se oponen a ello– evitar verse obligadas por las normas del derecho consuetudinario. La Comisión también debería averiguar si la práctica de las organizaciones internacionales y las opiniones jurídicas expresadas por ellas deben atribuirse únicamente a la organización, como persona jurídica separada de sus miembros, o si su práctica y opiniones jurídicas, en ciertas circunstancias, también podrían atribuirse a sus Estados miembros.

58. La versión escrita de la presente declaración, que incluye los comentarios de los Países Bajos sobre la aplicación provisional de los tratados, la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*) y los tratados en el tiempo, se puede consultar en el portal PaperSmart.

59. El Sr. Tchiloemba Tchitembo (República del Congo) dice que, habida cuenta de la naturaleza jurídica y políticamente delicada e intersectorial de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la República del Congo no tiene objeciones al criterio sistemático propuesto por la Relatora Especial para abordar cuestiones sobre las que todavía no hay consenso en la Comisión de Derecho Internacional.

60. Según se señaló en el párrafo 108 del informe de la Comisión sobre la labor en su 63º periodo de sesiones (A/66/10), la inmunidad de los funcionarios del Estado es la norma, establecida en numerosos instrumentos internacionales, y toda excepción a ella debe ser demostrada. Los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados oficialmente, que se atribuyen tanto al Estado como al funcionario. El criterio de atribución de la responsabilidad del Estado por los actos ilícitos determina si el funcionario goza de inmunidad *ratione materiae*, porque no hay motivo para establecer una distinción en tal sentido. Es precisamente mediante la utilización del mismo criterio de atribución para la responsabilidad del Estado y la inmunidad de los funcionarios del Estado *ratione materiae* que la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual del funcionario entran en juego a resultas de una misma conducta.

61. Es pertinente la posición de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)* acerca de la inseparabilidad de la inmunidad del Estado de la inmunidad del funcionario del Estado, ya que establece una norma de conducta útil. Los ex funcionarios del Estado siguen disfrutando de inmunidad *ratione materiae* por actos realizados oficialmente mientras desempeñaban el cargo, pero no por actos realizados antes de asumir el cargo o después de haberlo dejado. Como la inmunidad dimana de la función desempeñada, su naturaleza es temporal.

62. La inmunidad *ratione personae* se otorga a la “troika”. Refleja el carácter exclusivo de su estatuto y funciones oficiales y abarca tanto los actos oficiales como privados realizados durante y antes de la ocupación del cargo. La ampliación de ese tipo de inmunidad a otro grupo de funcionarios del Estado es una cuestión delicada que podría socavar la exclusividad del estatuto oficial de la “troika”. La opinión dominante en la doctrina, e incluso en la

jurisprudencia, es que la inmunidad *ratione personae* es absoluta y no se suelen conceder excepciones. En consecuencia, la cuestión de las excepciones solo se plantea para la inmunidad *ratione materiae* y en el contexto de la comisión de crímenes internacionales.

63. Si bien es prematuro examinar el producto final de la labor de la Comisión, la República del Congo prefiere la redacción de un instrumento vinculante, porque el tema tiene ramificaciones políticas y consecuencias en las relaciones internacionales. Además, un instrumento de ese tipo llenaría una laguna del derecho internacional, ya que ese aspecto de la inmunidad no está codificado en los instrumentos jurídicos vigentes. La República del Congo apoyará todas las actividades de la Relatora Especial y de la Comisión encaminadas a establecer un enérgico consenso sobre el mantenimiento y el fortalecimiento de un equilibrio entre los valores de la comunidad internacional y los principios establecidos de derecho internacional sobre distintos aspectos de la inmunidad.

64. La República del Congo considera que la fuente primaria de la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*) se encuentra en los tratados multilaterales, como el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Los debates celebrados en 2010 y las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión convencieron al Relator Especial de que el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad está bien establecido como principio derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales, entre ellos los artículos 86 y 87 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones de derecho internacional sobre el deber de cooperar constituye el fundamento del artículo 2, párrafo 1, del proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o enjuiciar, mientras que en el párrafo 2 del mismo artículo se establece que los Estados deben aplicar el principio según el cual deben extraditar o juzgar “donde y cuando proceda”. Sin embargo, la delegación de la República del Congo, al igual que muchas otras, es consciente de la dificultad de demostrar la existencia de la obligación de extraditar o enjuiciar con arreglo al derecho internacional consuetudinario.

65. Es importante establecer un vínculo entre los resultados de los debates anteriores de la Comisión y las cuestiones principales relacionadas con el tema, establecidas en los párrafos 210 a 214 del informe de la

Comisión (A/67/10). Sin prejuzgar acerca del resultado del análisis de la Comisión sobre esos asuntos, y reconociendo el valor del criterio aplicado por esta, la República del Congo considera vital que la Comisión establezca principios generales y normas claras que constituirán el régimen jurídico de la obligación de extraditar o enjuiciar, así como los crímenes graves a los cuales se podría aplicar la extradición, sin socavar por ello el derecho de cada Estado de establecer en su derecho interno los delitos sujetos a extradición.

66. **La Sra. Escobar Pacas** (El Salvador), dice que el informe preliminar de la nueva Relatora Especial (A/CN.4/654) adoptó el criterio correcto al reflejar las novedades del derecho internacional. Una de esas novedades es que la idea de la inmunidad basada en que un funcionario, en razón de su dignidad y respeto personal, no debería ser acusado en un tribunal extranjero ha cambiado hacia una fundamentación de carácter funcional. En otras palabras, la inmunidad solo puede justificarse para asegurar el desempeño de importantes funciones estatales y no en interés de la persona que desempeña el cargo. Esa ha sido la posición adoptada por el Instituto de Derecho Internacional y por la propia Comisión en los comentarios a su proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

67. En consecuencia, El Salvador comparte la opinión de la Relatora Especial de que el carácter funcional de la inmunidad constituye un elemento central del tema, que debe analizarse de conformidad con el derecho internacional contemporáneo y, en particular, con el conjunto de principios y valores de la comunidad internacional. Durante los debates en la Comisión se indicó que la cuestión central del tema giraba en torno a decidir si se debe realzar el valor de la inmunidad o, en cambio, promover el valor de la lucha contra la impunidad. El Salvador no concuerda con el concepto de inmunidad como “valor” porque los valores no son equivalentes a las normas jurídicas vigentes ni a la costumbre internacional, sino que son elementos que conforman el núcleo básico que fundamenta y orienta todo el ordenamiento jurídico, lo que no sucede con la inmunidad, que solo constituye una norma de carácter instrumental que despliega efectos procesales para un determinado grupo de individuos.

68. En consecuencia, es esencial que la Comisión mantenga una postura equilibrada respecto de la figura

de la inmunidad penal, con lo cual se potencia el buen funcionamiento de los Estados y de las relaciones internacionales, sin afectar con ello la responsabilidad individual que deriva de la comisión de graves crímenes a nivel internacional. Por esa razón, no sería adecuado elaborar una lista taxativa de delitos que podrían constituir una excepción a la inmunidad; sería de mayor utilidad examinar a fondo el alcance que posee la noción de “actos oficiales” en este contexto, para determinar criterios generales que favorezcan una adecuada sistematización del tema.

69. Respecto de la solicitud hecha a los Estados de que proporcionaran información acerca de la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*, El Salvador recuerda lo establecido en el informe remitido a la Comisión a comienzos de 2012 y señala que el estudio de esas categorías no debe conducir a aceptar la existencia de una inmunidad de carácter absoluto. Aunque dichas inmunidades excluyen a los funcionarios del juzgamiento, no pueden implicar la sustracción del ordenamiento jurídico de los Estados. La oradora insta a la Relatora Especial a continuar su análisis sobre el tema, teniendo presente que no es posible abordarlo únicamente desde una perspectiva de *lex lata* o de *lex ferenda*, ya que ambos elementos son esenciales.

70. En cuanto al tema de la aplicación provisional de los tratados, El Salvador apoya la orientación inicial propuesta por el Relator Especial de comenzar con un examen de los trabajos realizados por la Comisión en el tema del derecho de los tratados.

71. Respecto del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, es importante elaborar un estudio que permita aclarar el proceso de formación e identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario y sus efectos. Para ello, es fundamental que se tomen en cuenta la jurisprudencia internacional y la práctica interna; sin embargo, la Comisión deberá prestar especial atención al sistema jurídico propio de cada uno de los Estados, que pueden presentar una mayor o menor apertura respecto de la costumbre como fuente de derecho.

72. Por último, la oradora reitera la importancia de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), que se fundamenta en la necesidad de evitar la impunidad de los crímenes internacionales más graves, como el genocidio, la tortura y los crímenes de

guerra. El Salvador considera que las aparentes dudas que existen en la Comisión respecto de su labor futura sobre el tema derivan de su falta de sistematización y establecimiento de objetivos concretos, más que de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar. En 2004, el Grupo de Trabajo manifestó que el tema había adquirido un grado de madurez suficiente para su codificación, con la posible inclusión de algunos elementos del desarrollo progresivo, lo que se fundamentaba, entre otras cosas, en las necesidades reales de los Estados. El Salvador considera que ese panorama no ha cambiado sustancialmente desde entonces. El fallo reciente de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal)* confirmó tanto la vigencia de la obligación como el posible surgimiento de controversias al respecto.

73. El Salvador considera que la viabilidad del tema no se encuentra sujeta a que la obligación de extraditar o juzgar sea identificada como norma consuetudinaria o como principio de derecho internacional, ya que su existencia ya es incuestionable en virtud de su reconocimiento en diversos tratados internacionales. Aún más, la vigencia de esos instrumentos no debe catalogarse como un obstáculo para continuar el estudio del tema, ya que, al igual que con el tema de las reservas a los tratados, la multiplicidad de normas y de práctica estatal no implica que no existan problemas de interpretación, aplicación o ejecución. En consecuencia, El Salvador exhorta a la Comisión a reevaluar sus objetivos en torno al tema y a elaborar un plan de trabajo que aborde de manera sistemática los aspectos que requieren ser desarrollados. En particular, espera con interés el documento que habrá de presentar el Presidente del Grupo de Trabajo en relación con las diversas perspectivas del tema a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 julio 2012 y otros posibles avances.

74. En cuanto al tema de los tratados en el tiempo, El Salvador expresa su pleno apoyo a la decisión de cambiar el formato de los trabajos, lo que permitirá brindar un enfoque más preciso sobre la futura labor de la Comisión, y acoge con beneplácito el nombramiento del Relator Especial para el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”.

75. **El Sr. Li Linlin** (China) felicita a la señora Concepción Escobar Hernández por su nombramiento como nueva Relatora Especial sobre la inmunidad de

jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y por ser la primera Relatora Especial de la Comisión. China está de acuerdo con el criterio acotado propuesto por la Relatora Especial; sin embargo, habida cuenta de la complejidad del tema y por ser este políticamente delicado, considera que la Comisión debería centrar su atención en examinar la práctica vigente y las normas pertinentes de derecho internacional consuetudinario, más que apresurarse a establecer nuevas normas. Además, los debates de la Comisión deberán limitarse a la inmunidad de la jurisdicción penal de los tribunales extranjeros de los funcionarios del Estado; no debe abordar la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado de las instituciones judiciales penales internacionales.

76. La inmunidad es una cuestión procesal. Aunque la comunidad internacional ha establecido que la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales, el derecho internacional consuetudinario no reconoce excepción alguna a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. El hecho de que la justicia procesal encarnada en la inmunidad no se puede sacrificar en aras de la justicia sustantiva contra la impunidad es un requisito intrínseco del estado de derecho.

77. La inmunidad de los funcionarios del Estado no está necesariamente relacionada con la ilicitud de ciertos actos: la gravedad del crimen no afecta su naturaleza oficial. Además, la inmunidad de jurisdicción no exime a los funcionarios del Estado de sus responsabilidades sustantivas, y las normas sobre inmunidad ni dan lugar a la comisión de crímenes internacionales ni tampoco contribuyen a la impunidad. Las medidas propuestas por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención*, como la renuncia a la inmunidad y el enjuiciamiento en el país de origen a cargo de tribunales internacionales o después de finalizado el mandato del funcionario, se pueden utilizar para hacer comparecer ante la justicia a los funcionarios del caso y, al mismo tiempo mantener, las normas sobre inmunidad.

78. Además de a los jefes de Estado y de gobierno y a los ministros de relaciones exteriores, la inmunidad *ratione personae* también se debe otorgar a los jefes del parlamento, primeros ministros adjuntos y ministros gubernamentales, habida cuenta de su cada vez mayor participación en los asuntos internacionales como representante del Estado, opinión que recibió un

apoyo indirecto en el fallo pronunciado en la causa *Orden de detención*. La Comisión debería seguir esa tendencia y aportar orientaciones a los tribunales nacionales que deberán decidir, caso por caso, si un funcionario en particular tiene derecho a la inmunidad *ratione personae*.

79. Por último, China considera que la Comisión debe continuar su labor sobre el tema y tratar de completarla en el quinquenio en curso.

80. **El Sr. Serpa Soares** (Portugal), en relación con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dice que se debe establecer un equilibrio entre la soberanía del Estado, los derechos individuales y la necesidad de impedir la impunidad por crímenes graves en virtud del derecho internacional. Aunque el estatuto de la Comisión de Derecho Internacional aparentemente establece una división entre codificación y desarrollo progresivo, su labor sobre un tema en particular puede combinar los dos elementos, a pesar de las dificultades que se pueden plantear para distinguir entre ellos en ciertos casos.

81. En el derecho internacional, se observa una tendencia general en pro de la limitación de la inmunidad ante los tribunales nacionales. Según señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia), muchos Estados han limitado la inmunidad que reclamaban para sí mismos y acordaban a otros respecto de los *acta jure gestionis*, que podrían incluir actos delictivos, mientras que la mantenían respecto de los *acta jure imperii*. El Portugal concuerda, en muchos aspectos, con la opinión disidente del magistrado Cançado Trindade: la inmunidad es una prerrogativa o privilegio que se debe interpretar y aplicar en el contexto de la evolución en curso de derecho internacional respecto de los valores humanos fundamentales. Además, las inmunidades deben considerarse de carácter eminentemente funcional.

82. La distinción entre el alcance de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* es pertinente a los fines analíticos, pero no se la debe sobrevalorar. Ambos tipos de inmunidad tienen por finalidad mantener los principios e intereses de la comunidad internacional en conjunto. El propósito de la inmunidad *ratione personae* es mantener relaciones internacionales estables en casos en que un funcionario tiene un alto grado de identificación inmediata con el

Estado en su conjunto; en consecuencia, la inmunidad se debe otorgar a la “troika”. Hay argumentos jurídicos suficientes en apoyo de la noción de que incluso los ministros de relaciones exteriores disfrutaban de inmunidad *lex lata*, como ilustra la causa *Orden de detención*, ya que esos funcionarios están facultados para expresar el consentimiento del Estado a verse obligado por un tratado. El Gobierno de Portugal no descarta la posibilidad de que quizás otros funcionarios superiores del Estado gocen de inmunidad *ratione personae*; sin embargo, debido a los distintos sistemas de gobierno y marcos constitucionales, quizás no satisfagan el criterio de contar con un alto grado de identificación inmediata con el Estado en su conjunto.

83. El orador conviene en que la atribución de responsabilidad al Estado por un acto ilícito quizás sea un criterio útil para determinar si un funcionario del Estado disfruta de inmunidad *ratione materiae*. Para efectuar esa determinación, la Comisión deberá decidir si se basará en la prueba del “control efectivo” aplicada por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), o la prueba del “control general” adoptada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Fiscal c. Duško Tadić*, que parecen ser las preferidas por la jurisprudencia y la práctica.

84. Al examinar las posibles excepciones a la inmunidad, la Comisión deberá determinar cuáles son los actos a los que la inmunidad resguarda de la actividad jurisdiccional de un Estado. En tal sentido, quizás desee examinar el criterio aplicado en la causa *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* (Djibouti c. Francia), en la cual se consideraron excluidos todos los actos que sometieran al funcionario a un acto que limitara su autoridad. Portugal no comparte la opinión de que la inmunidad *ratione personae* es absoluta ni que en ciertos casos no se puede renunciar automáticamente a la inmunidad *ratione materiae*, ni conviene en que los Estados tienen la obligación moral de renunciar a la inmunidad de sus funcionarios en todos los casos, como aparentemente indicó el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de las personas que actúan en nombre del Estado en caso de crímenes internacionales. Hay una tendencia en el derecho internacional que apoya en ciertos casos la existencia de excepciones o, quizás con

mayor exactitud, la ausencia de inmunidad. En consecuencia, desde el punto de vista metodológico, la presunción de que existe una norma general de inmunidad podría sesgar las conclusiones de la Comisión. No siempre se podrían dejar de lado las sanciones establecidas por la violación del derecho internacional, en particular en el caso de las normas de *jus cogens*.

85. Sin perjuicio de si las excepciones a la inmunidad son o no *lex lata*, Portugal considera que la inmunidad se debe levantar para los crímenes más graves que causan preocupación internacional, aun cuando se hubieran cometido como acto oficial. Además, según se establece en el artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el cargo oficial de una persona que comete ese tipo de crimen, aun cuando sea jefe de Estado de gobierno, no exime a la persona de su responsabilidad penal ni mitiga la sanción. El orador alienta a la Comisión a seguir trabajando en el tema aplicando un criterio basado en los valores, de conformidad con el derecho internacional contemporáneo, sin preocuparse en embarcarse en el desarrollo progresivo del derecho internacional. El concepto clásico de soberanía y el nuevo humanismo jurídico no son dos caras de una misma moneda; este último es más valioso. Respecto del producto de esa labor, el orador acoge complacido la propuesta de la Relatora Especial de preparar un nuevo proyecto de artículos con comentarios.

86. La decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema de la aplicación provisional de los tratados refleja la necesidad cada vez mayor, en un mundo en constante evolución, de estudiar el derecho internacional clásico. Cualquiera sea la justificación para la aplicación provisional de un tratado en particular, por ejemplo, la urgencia de su aplicación o la conveniencia de su contenido, todo régimen de esa naturaleza debe finalizar dentro de un plazo razonable.

87. Durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, hubo cierta controversia sobre la aceptación del régimen de aplicación provisional que en definitiva se aprobó como artículo 25 de ese instrumento, y todavía no resulta claro cómo se puede aplicar un tratado que todavía no ha entrado en vigor y no ha pasado por un examen democrático. En la causa *Yukos c. Federación de Rusia*, la Corte Permanente de Arbitraje reconoció que la aplicación provisional de un tratado es vinculante y ejecutable:

una vez que el destinatario acepta ese tipo de aplicación, el incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad internacional. En consecuencia, las cláusulas se deben redactar cuidadosamente a fin de permitir que los signatarios puedan expresar con claridad ese consentimiento, o no expresarlo. Si el Estado o la organización internacional adherente no puede renunciar a su obligación de aplicarlo provisionalmente, quizás su legislación interna comprometa su participación en el tratado, lo que plantea un riesgo a todas las partes en él. En consecuencia, quizás el tratado quede cerrado para la firma sin haber entrado en vigor.

88. Aunque la obligación de no frustrar el objetivo y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, establecido en el artículo 18 de la Convención de Viena, y la aplicación provisional de los tratados tienen el mismo alcance *ratione temporis*, dan lugar a regímenes jurídicos diferentes y se los debe tratar en tal sentido.

89. La situación jurídica creada por la aplicación provisional de los tratados tiene cierta pertinencia a los fines de determinar las normas de derecho internacional consuetudinario: la aplicación de normas sustantivas creadas en virtud de tratados indica la existencia de una práctica reiterada y de una *opinio juris*; en algunos casos incluso esta última se presenta antes que la primera. La intención del signatario de aplicar esas normas con carácter provisional demuestra su convicción de que esas normas son obligatorias. Sin embargo, a pesar de su pertinencia, esta cuestión no corresponde al tema que nos ocupa; quizás la Comisión podría examinarla en relación con el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario.

90. Debido a las importantes diferencias en las normas y las prácticas internas de los distintos Estados respecto de la aceptación de la aplicación provisional de un tratado, la Comisión deberá adoptar un criterio amplio a fin de respetar la diversidad de soluciones posibles; la adopción del criterio jurídico seguido por un Estado con preferencia al de otro podría ser sumamente controversial. En Portugal, la práctica se basa en la interpretación restrictiva del artículo 8, párrafo 2, de la Constitución de Portugal, que no permite la aplicación provisional de un tratado.

91. Si bien es todavía prematuro adoptar una decisión sobre el producto final de la labor sobre el tema,

Portugal respalda la opinión de que la Comisión no debe tener por objetivo cambiar la Convención de Viena y que el desarrollo progresivo no es posible. Como la labor de la Comisión es aclarar el régimen jurídico que rige la aplicación provisional de los tratados, el producto más conveniente de sus actividades podría ser la elaboración de directrices con cláusulas modelo.

92. Portugal acoge con satisfacción la inclusión en el programa de trabajo de la Comisión del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario y conviene en que quizás sea difícil determinar cuáles son las normas internacionales consuetudinarias y el proceso de su formación; un ejemplo útil que tal vez convenga examinar es el de las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, que tuvo ante sí la Corte Internacional de Justicia. La Comisión deberá adoptar un criterio amplio en relación con el tema. Toda la jurisprudencia pertinente deberá ser evaluada críticamente, no como una revelación final del derecho vigente; de hecho, Portugal tiene reservas en cuanto a la uniformidad de los pronunciamientos judiciales. También es pertinente la doctrina dimanada de distintos sistemas jurídicos. El orador conviene en que se debe analizar la práctica contemporánea, teniendo en cuenta los antecedentes culturales de distintas regiones del mundo. También podría ser útil la Declaración de Londres sobre los principios aplicables a la formulación del derecho internacional consuetudinario general, hecha por la Asociación de Derecho Internacional, y el estudio sobre el derecho humanitario internacional consuetudinario realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

93. El hecho de que, por definición, la *opinio juris* tiene carácter subjetivo no la hace menos esencial en la formación del derecho internacional consuetudinario; de hecho, sin ella se trataría de simple práctica, que por sí sola no constituye norma jurídica. En consecuencia, la Comisión deberá abordar ese elemento sin la ansiedad posmoderna acerca de los “misterios de la subjetividad”. Si bien la convicción de que en caso de no seguirse una cierta práctica se podría generar responsabilidad internacional es un buen indicador de la existencia de una *opinio juris*, la opinión de que la práctica reiterada entraña la existencia de esa doctrina es una presunción *juris tantum* que no tiene fundamento científico digno de crédito. En consecuencia, Portugal conviene con la opinión,

expresada por la Asociación de Derecho Internacional, de que de hecho el elemento subjetivo no es normalmente un ingrediente necesario para la formación del derecho internacional consuetudinario.

94. Aunque los dos aspectos del tema -la formación y la documentación- son importantes, se debe hacer particular hincapié en el primero. Al describir el proceso de formación del derecho consuetudinario, convendría que la Comisión estableciera una metodología para determinar las normas actuales y futuras de derecho internacional consuetudinario.

95. En cuanto a los asuntos que deberán considerarse, según la determinación de la Comisión, Portugal sugiere que se debe hacer referencia a la *coutume sauvage* o a los casos en que la formación del derecho consuetudinario se originó debido a la necesidad de contar con una norma. En tales casos, la *opinio juris* precedió a la práctica reiterada. Haciendo referencia a las causas de la *Plataforma continental del Mar del Norte* y a otras fuentes jurisprudenciales, el orador alienta la Comisión a aprovechar sus conocimientos técnicos para aplicarlos a la esfera nebulosa del derecho internacional consuetudinario.

96. Por último, la Comisión deberá examinar el *jus cogens*, no *per se*, sino como expresión de las normas imperativas que tienen su fuente en el derecho internacional consuetudinario. El producto final de la labor de la Comisión sobre el tema deberá adoptar la forma de un conjunto de conclusiones con comentarios. La versión detallada de la posición de Portugal sobre los temas examinados por la Comisión se puede consultar en el portal PaperSmart.

97. **El Sr. Buchwald** (Estados Unidos de América), en relación con el tema de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, dice que tiene entendido que la Comisión está procurando información de los Estados respecto de su legislación y práctica relativas a la inmunidad de diplomáticos, funcionarios consulares, funcionarios de organizaciones internacionales y personas en misiones especiales; en consecuencia, limitará sus observaciones a los funcionarios del Estado no incluidos en esas categorías. En la práctica de los Estados Unidos, en general solo la “troika” goza de inmunidad *ratione personae*; sin embargo, en su país nunca se ha tramitado una causa penal contra un jefe de Estado o de gobierno o un ministro de relaciones exteriores extranjero. En la medida en que la información sobre

causas civiles pudiera tener pertinencia para la tramitación de las causas penales, el Gobierno de los Estados Unidos está dispuesto a aportar ejemplos de tribunales internos que han reconocido ese tipo de inmunidad. Se podrán encontrar más observaciones sobre el tema en la declaración completa, que se puede consultar en el portal PaperSmart.

98. Los Estados Unidos interpretan que la aplicación provisional de los tratados significa que los Estados han convenido en aplicar un tratado, o algunas de sus disposiciones, con carácter jurídicamente vinculante antes de su entrada en vigor, y que durante el periodo de aplicación provisional es más fácil rescindir la obligación de aplicar el tratado o sus disposiciones que después de la entrada en vigor del instrumento. El orador espera que el producto de la labor de la Comisión incluya una declaración clara en tal sentido. En cuanto a si los Estados deben hacer una notificación antes de dar por finalizada la aplicación provisional, el orador insta a que se actúe con cautela antes de proponer una norma que pueda crear tensión con la clara redacción utilizada en el artículo 25 de la Convención de Viena, que no incluye esa restricción. Convendrá dejar para un momento ulterior la decisión sobre la forma final que deberá adoptar la labor de la Comisión sobre el tema.

99. Los Estados Unidos acogen con beneplácito la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”. La nota presentada sobre el tema por el Relator Especial (A/CN.4/653) constituye una excelente hoja de ruta para la labor de la Comisión y en ella se destacan varias cuestiones que todavía no se han resuelto. El orador conviene en que el producto de esa labor no debe ser excesivamente prescriptivo. La delegación de los Estados Unidos está actualmente examinando la práctica de su país relativa a las cuestiones relacionadas con el tema, habida cuenta de la solicitud hecha por la Comisión de que los países presenten información al respecto.

100. Los Estados Unidos son parte de varias convenciones internacionales que incluyen la obligación de extraditar o enjuiciar (*aut dedere aut judicare*) y considera que las disposiciones de esa naturaleza constituyen un aspecto integral y vital de los esfuerzos colectivos por evitar que los terroristas encuentren refugio seguro e impedir la impunidad respecto de crímenes como el genocidio, los crímenes

de guerra y la tortura. Sin embargo, la delegación de los Estados Unidos está convencida, sobre la base de la práctica de su país y de otros Estados, de que no existe una norma de derecho internacional consuetudinario que obligue a un Estado a extraditar o enjuiciar. Los Estados asumen esa obligación únicamente cuando son partes en un instrumento jurídico internacional vinculante que incluye disposiciones detalladas que tipifican delitos concretos y establecen una forma específica de la obligación en ese contexto.

101. La obligación de extraditar o enjuiciar no es uniforme en los distintos regímenes creados en virtud de tratados, como resulta claro de la labor de la Comisión sobre el tema realizada hasta la fecha. Además, si bien muchos de esos regímenes han recibido una amplia adhesión, de ninguna manera son universales y en cada uno de ellos existen varias excepciones importantes. La práctica de los Estados descrita en los informes de la Comisión se limita en gran medida a la ejecución de obligaciones dimanadas de tratados, que el Relator Especial ha reconocido que tienen una gran variabilidad en cuanto a su alcance, contenido y formulación. En consecuencia, no es posible extraer una norma consuetudinaria de los regímenes vigentes creados en virtud de tratados ni de la práctica conexas.

102. Respecto del tema de los tratados en el tiempo, los Estados Unidos apoyan el criterio más específico adoptado a partir del nombramiento del Relator Especial sobre el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”. El orador acoge con beneplácito el hincapié que se hace en el informe más reciente presentado al Grupo de Estudio en el hecho de que, a los fines del artículo 31 de la Convención de Viena, los acuerdos y la práctica ulteriores deben reflejar un acuerdo entre partes o la práctica de estas respecto de un tratado determinado en la aplicación de este. Es importante que la Comisión establezca un equilibrio correcto cuando extraiga conclusiones generales de tratados en particular; es particularmente importante obrar con precaución cuando esas conclusiones se extrapolan a partir de un número limitado de precedentes. Por último, los Estados Unidos tienen curiosidad por saber de qué manera los Estados abordan las cuestiones jurídicas internas planteadas por el cambio en la interpretación de los acuerdos internacionales sobre la base de la práctica ulterior en los casos en que el poder

legislativo ha participado en la aprobación de esos acuerdos antes de su ratificación.

103. Las cláusulas de nación más favorecida son un producto de la formación de los tratados y difieren considerablemente en su estructura, alcance y redacción; además, dependen de las demás disposiciones de los acuerdos en que se encuentren, por lo cual se resisten a un criterio uniforme. En consecuencia, conviene con el Grupo de Estudio en que el producto más adecuado no será la elaboración de instrumentos de interpretación ni la revisión del proyecto de artículos de 1978 sobre las cláusulas de nación más favorecida. El orador alienta el Grupo a seguir estudiando la jurisprudencia actual, que podría servir como recurso útil para los gobiernos y los especialistas, y le interesa saber cuáles son las esferas que piensa examinar, aparte del comercio y las inversiones.

104. **El Sr. Czaplinski** (Polonia), en relación con el tema recientemente reformulado de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, encomia las conclusiones preliminares aprobadas por el Grupo de Estudio en 2011 y 2012 y acoge con beneplácito la decisión reciente de aplicar al tema un criterio más acotado. La flexibilidad tiene suma importancia; el contenido normativo de las directrices futuras deberá mantener el equilibrio entre el principio *pacta sunt servanda* y los ajustes necesarios a las disposiciones del tratado a la luz de un mundo cambiante. Se debe dar prioridad al examen de las decisiones de los tribunales nacionales, un elemento esencial de la práctica de los Estados, y los resultados se deben reflejar en los informes futuros sobre el tema.

105. Polonia acoge complacida la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema de la aplicación provisional de los tratados y espera con interés la elaboración de directrices para los Estados en su aplicación del artículo 25 de la Convención de Viena; esas directrices también deberían ser aplicables a los tratados concertados por una organización internacional con un Estado o con otra organización internacional. La aplicación provisional de los tratados es útil, en particular cuando las cuestiones contempladas en el tratado deben abordarse con carácter urgente.

106. La flexibilidad es un elemento esencial de la aplicación provisional de los tratados, y se lo debe

mantener y analizar. Si bien la Convención de Viena ha demostrado ser un instrumento extremadamente útil, quizás sea aconsejable examinar sus disposiciones teniendo en cuenta la práctica de más de 30 años de antigüedad desde su entrada en vigor; esa tarea sería sumamente adecuada, habida cuenta de la labor reciente de la Comisión respecto del derecho los tratados y otras fuentes del derecho internacional.

107. El tema de la obligación de extraditar o enjuiciar (aut dedere aut judicare) sigue siendo pertinente a resultas de la necesidad de luchar contra la impunidad respecto de los crímenes más graves contemplados por el derecho internacional. El orador espera que el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal) contribuya positivamente a la labor futura de la Comisión.

108. Al abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la Comisión deberá tratar de mantener un equilibrio entre, por un lado, las normas relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado y demás príncipes derecho internacional y, por otro, la necesidad de sancionar a los autores de crímenes graves contemplados por el derecho internacional.

109. Hasta el momento, la labor de la Comisión respecto del tema de la cláusula de nación más favorecida se ha centrado esencialmente en el derecho de las inversiones; el orador conviene en que la cuestión se debe abordar en un marco normativo más amplio. Un proyecto de directrices tendría valor práctico, habida cuenta de la falta de uniformidad de la jurisprudencia sobre el tema.

110. Polonia acoge con beneplácito la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión del tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. El derecho internacional consuetudinario desempeña una función importante en la práctica judicial internacional e interna y constituye un fundamento importante para las decisiones de política exterior de los gobiernos. Sin embargo, la identificación y aplicación de esas normas dista de ser uniforme, y los organismos encargados del cumplimiento de la ley a menudo hacen referencia a presuntas normas consuetudinarias sin verificar la práctica de los Estados o la existencia de una opinión juris. En consecuencia, será conveniente elaborar un conjunto de normas que rigen el derecho internacional

consuetudinario; esas normas estarían dirigidas a los especialistas y no deberán adoptar la forma de proyecto de convención.

111. Con arreglo a lo establecido en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la jurisprudencia internacional bien establecida, se necesitan dos elementos para la formación del derecho internacional consuetudinario: la práctica y la opinio juris; la práctica es fundamental en la formación de la costumbre y la opinio juris para la aplicación de las normas consuetudinarias. Habida cuenta de que es cada vez más difícil distinguir entre los dos elementos, la Comisión deberá considerar a ambos y, concretamente, qué elementos se deberán tener en cuenta al determinar la práctica de los Estados y de qué manera habrá que evaluar la opinio juris. La cuestión de si la opinio juris se puede evaluar con fundamento en las resoluciones de los organismos u organizaciones internacionales, incluida la Asamblea General, es de particular importancia, tanto desde el punto de vista político como jurídico.

112. Si bien son importantes, los estudios teóricos sobre los fundamentos del derecho consuetudinario, los principios generales del derecho, las normas imperativas de derecho internacional y su relación con el derecho internacional consuetudinario no deben ser examinados por la Comisión, al menos durante las etapas iniciales de su labor; no son pertinentes para el tema principal y podrían causar una demora innecesaria en sus trabajos. Tampoco es deseable estudiar los orígenes del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, sería útil examinar la cuestión de la fuerza vinculante del derecho consuetudinario en los Estados nuevos, que no han influido en la formación de la costumbre. Está bien establecido en la teoría y la práctica jurídica internacionales que los Estados nuevos están obligados por las normas consuetudinarias en vigor al momento de su creación. Si bien Polonia no está en favor de la norma de la “tabla rasa” y favorece la promoción de la claridad y certeza en el ordenamiento jurídico internacional, en algunas circunstancias excepcionales se puede otorgar cierta flexibilidad respecto de algunas normas en particular, comparable a la posición del objeto persistente. En el mismo interés de la claridad y la certeza, Polonia también rechaza la aplicación de un criterio diferenciado al derecho consuetudinario; todas las normas internacionales deben estar sujetas a la misma prueba respecto de su naturaleza, origen y

fuerza vinculante. La fragmentación del derecho internacional dará lugar a la destrucción del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sería contraria a los intereses de la comunidad internacional.

113. **La Sra. Miculescu** (Rumania) remite a las delegaciones a la versión más completa de su declaración, que se puede consultar en el portal PaperSmart, y dice que el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe examinarse juntamente con la cuestión de la inmunidad del Estado, ya que ambos se fundamentan en la premisa de la soberanía del Estado y a menudo se alegan simultáneamente. La Comisión también deberá tener en cuenta sus actividades anteriores de codificación, en particular en la preparación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, el proyecto de artículos sobre relaciones consulares, el proyecto de artículos sobre las misiones especiales y la Convención de las Naciones Unidas sobre de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Es necesario garantizar la protección de los derechos humanos y evitar la impunidad. La oradora encomia a la Relatora Especial por el criterio acotado aplicado al tema y espera con interés examinar los futuros proyectos de artículo.

114. Rumania conviene en que el primer fundamento para el examen por la Comisión del tema de la aplicación provisional de los tratados debe ser la labor realizada por la Comisión respecto del tema del derecho los tratados, así como los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena. Convendrá decidir en una etapa ulterior cuál habrá de ser el producto final de la labor de la Comisión sobre el tema.

115. La oradora espera que la labor de la Comisión sobre el tema de la formación y documentación del derecho internacional consuetudinario dé lugar a un conjunto de conclusiones con comentarios que, para que sean prácticos, deberán identificar y aclarar las normas pertinentes. Con ese fin, el Relator Especial deberá centrar la atención en la práctica de los Estados, la labor previa de la Comisión y los fallos y las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

116. Existe una relación estrecha entre la obligación de extraditar o enjuiciar (aut dedere aut judicare) y la jurisdicción universal. Aunque es importante que la Comisión finalice su labor sobre la jurisdicción

universal, ello no debe impedir que la Comisión analice esa relación a la luz de la función de la obligación de extraditar o enjuiciar en la justicia penal internacional.

117. Respecto del tema de los tratados en el tiempo, la oradora acoge complacida los amplios debates celebrados en el Grupo de Estudio en relación con los informes primero y segundo de su Presidente, así como la decisión de cambiar el formato del tema. La oradora concuerda en que el primer informe del Relator Especial deberá centrar la atención en la importancia jurídica de los acuerdos y la práctica ulteriores en la interpretación de los tratados, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena. Si bien es importante mantener la flexibilidad, será necesario seguir trabajando para elaborar conclusiones y directrices con un contenido normativo.

118. Respecto del tema de la cláusula de nación más favorecida, Rumania acoge con beneplácito la labor realizada por el Grupo de Estudio encaminada a determinar las cuestiones y los casos pertinentes y formular propuestas que eviten la fragmentación del derecho internacional. También reconoce los debates celebrados en el Grupo de Estudio, y en los dos documentos de trabajo se destacan varios criterios de interpretación, especialmente en los laudos arbitrales. La oradora espera que la Comisión siga avanzando en el logro de un documento de resultados que dará mayor estabilidad y certeza al derecho de las inversiones. Las recomendaciones y las cláusulas modelo que se han preparado deberán incluirse dentro del marco normativo más amplio del derecho internacional general; también se deberá tener en cuenta la labor previa de la Comisión sobre el tema y las novedades en el seno de las organizaciones internacionales.

119. Por último, la oradora acoge complacida la decisión de establecer un grupo de trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo para el quinquenio en curso.

120. **La Sra. Dwarika** (Sudáfrica) dice que acoge con beneplácito el criterio adoptado por la Relatora Especial en su primer informe sobre la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado, en donde se identifican adecuadamente las cuestiones más salientes relacionadas con el tema. Ese tipo de inmunidad tiene un fuerte fundamento histórico en el derecho internacional clásico y es esencial para el principio de la soberanía del Estado y la conducción de

las relaciones internacionales; sin embargo, se trata de una cuestión dinámica y en evolución, como se puede apreciar con la creación de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, la Comisión debe hacer hincapié suficiente en el desarrollo progresivo del derecho internacional, en la medida en que se relacione con el tema. Sudáfrica agradecerá que se realice un análisis a fondo de las tendencias en surgimiento respecto de la inmunidad a la luz del derecho internacional contemporáneo.

121. Es necesario seguir reflexionando acerca del alcance de la inmunidad, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. La Comisión deberá aclarar el alcance y la amplitud de la aplicabilidad de la inmunidad *ratione personae* a la “troika” y examinar si resultaría beneficioso restringir su aplicación a otros funcionarios. En respuesta a la solicitud de la Comisión, el Gobierno de Sudáfrica aportará información concreta sobre las consecuencias jurídicas de establecer una distinción entre la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* en las causas internas.

122. Sudáfrica ha tratado de lograr un equilibrio entre la necesidad de luchar contra la impunidad y la de proteger los derechos humanos básicos mediante la aprobación de instrumentos como la Ley de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 2002. Recordando el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia), relativa a la inmunidad de los Estados, la oradora alienta a la Comisión examinar si la comisión de crímenes internacionales graves que entrañan responsabilidad penal individual puede dar lugar a excepciones a la inmunidad. Como el alcance del tema se limita a la responsabilidad penal individual, la Comisión también deberá reflexionar sobre la definición de “acto oficial” y la posibilidad de establecer excepciones a la inmunidad *ratione materiae* si el acto fuera contrario a las normas de *jus cogens*.

123. Tiene sentido abordar tanto las cuestiones de fondo como las de procedimiento, ya que de aclararse estas últimas se podría contribuir al progreso general en el tema. Sería aconsejable que la Comisión examinara las relaciones que existen entre la naturaleza de ciertos crímenes graves y las circunstancias en que se podría decir que un Estado ha renunciado implícitamente a la inmunidad. Sudáfrica acoge complacida los plazos propuestos para la elaboración de un conjunto de proyectos de artículo.

124. Sudáfrica respalda la decisión de incluir en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión el tema de la aplicación provisional de los tratados. Con fundamento en la historia de las negociaciones relativas al artículo 25 de la Convención de Viena y algunos laudos arbitrales reciente relativos a la aplicación provisional, resulta claro que los Estados que han convenido en aplicar provisionalmente un tratado están obligados a aplicar sus disposiciones pertinentes como si este hubiera entrado en vigor, con sujeción a las condiciones establecidas en la cláusula de aplicación provisional.

125. La Constitución de Sudáfrica establece dos procedimientos distintos según los cuales el Estado podría quedar obligado por un acuerdo internacional, según sea la naturaleza de este último: los acuerdos de carácter técnico, administrativo o ejecutivo necesitan la aprobación del poder ejecutivo y se los considera vinculantes a partir de la firma, mientras que todos los demás acuerdos deben ser aprobados primero por el parlamento. La relación entre la aplicación provisional de los tratados y el derecho interno, en particular cuando se necesita la aprobación parlamentaria para que un acuerdo internacional sea vinculante para un Estado, sigue siendo una cuestión importante. Las directrices de la Comisión respecto de la importancia jurídica de la aplicación provisional y los efectos jurídicos de su rescisión podrían ser útiles para determinar el alcance de las obligaciones nacidas en virtud de tratados que se han aplicado de manera provisional.

126. Respecto del tema de la formulación y documentación del derecho internacional consuetudinario, Sudáfrica respalda la propuesta del Relator Especial de centrar más la atención en los aspectos prácticos que en los teóricos y de preparar como producto un conjunto de conclusiones con comentarios para los especialistas. El derecho internacional consuetudinario sigue manteniendo su validez, a pesar de las incoherencias que a menudo se observan en él; además, la flexibilidad que lo caracteriza debe ser considerada una de sus puntos fuertes, más que una debilidad. En consecuencia, la oradora no espera que la Comisión reescriba las normas de derecho internacional consuetudinario ni prepare un proyecto de convención.

127. La oradora alienta a los gobiernos a que aporten información sobre toda la jurisprudencia importante a nivel nacional, regional o subregional que pueda

arrojar luz sobre la formación del derecho internacional consuetudinario. Con arreglo a la Constitución de Sudáfrica, el derecho internacional consuetudinario se incorpora automáticamente a su derecho interno, a menos que no se adecue a la Constitución o a una ley del parlamento. En la práctica, algunas decisiones importantes de su Tribunal Constitucional, incluida una causa en que se debatía la pena de muerte, se han basado en el derecho internacional consuetudinario. Sudáfrica espera con interés que continúe la labor sobre el tema y aportará a la Comisión más información por escrito.

128. En cuanto al tema de la cláusula de nación más favorecida, Sudáfrica presta apoyo al objetivo general del Grupo de Estudio, es decir, prevenir la fragmentación del derecho internacional, y destaca la importancia de una mayor uniformidad en los criterios que se adopten en los laudos arbitrales relativos al derecho de las inversiones, en particular en relación con las cláusulas de nación más favorecida. Acoge con especial beneplácito la propuesta de la Comisión de formular recomendaciones en el informe del Grupo de Estudio sobre el tema, incluidas directrices y cláusulas modelos si procede.

129. A menos que ello se establezca específicamente, la cláusula de nación más favorecida en un tratado básico no puede incorporar las disposiciones procesales de otro tratado. Lamentablemente, en varios laudos arbitrales sobre inversiones se ha llegado a una conclusión diferente. Preocupa al Gobierno de Sudáfrica la existencia de interpretaciones divergentes respecto de ese tipo de cláusulas en distintos tribunales arbitrales, porque la aparente falta de uniformidad en el razonamiento da lugar a la falta de certeza jurídica en los tratados sobre inversiones; esas cláusulas deberían formularse de manera que solo otorguen los derechos que los Estados parte están dispuestos a concederse mutuamente y, en consecuencia, a sus respectivos inversionistas. La oradora espera que la labor de la Comisión sobre el tema aporte mayor claridad y, en definitiva, previsibilidad a la interpretación de la cláusula de nación más favorecida en los foros en que se resuelven ese tipo de controversias.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.